VERMISCHTE

SCHRIFTEN

VON

L. GOLDSCHMIDT,

WEILAND GEHEIMEM JUSTIZRATH UND PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN.

ZWEITER BAND.

BERLIN 1901.

J. GUTTENTAG, VERLAGSBUCHHANDLUNG,

G. M. B. H.

Rec. Apr. 25, 1901.

INHALT
DES ZWEITEN BANDES[1].

Seite

[1]) Die in eckiger Klammer befindliche Ziffer bezeichnet bei den schon früher veröffentlichten Schriften die Nummer der Schrift in dem Bd. I S. 1 ff. enthaltenen Verzeichniss.

1.

ÜBER DIE WISSENSCHAFTLICHE BEHANDLUNG DES DEUTSCHEN HANDELSRECHTS UND DEN ZWECK DER ZEITSCHRIFT FÜR DAS GESAMMTE HANDELSRECHT.

(1858.)

Die Wissenschaft des Handelsrechts ist gegenwärtig in einem erfreulichen Aufschwung begriffen. Es ist bedeutsam und leicht erklärlich, dass derselbe mit einer grossen, langersehnten nationalen That zusammentrifft: einem umfassenden Gesetzgebungswerk, welches der beklagenswerthen und auf diesem Gebiete vorzugsweise empfindlichen Verschiedenheit deutschen Rechts ein Ende zu machen bestimmt ist. Der Zusammenhang dieser Erscheinungen ist kein äusserlicher. Wie die Wucht der wirthschaftlichen Interessen den centrifugalen Hang der deutschen Stämme und Regierungen, welcher alle unsere Einheitsbestrebungen kläglich scheitern liess, in die entgegengesetzte Bahn zwingt, so vermag sie auch den widerstrebenden Sinn des deutschen Juristenstandes zur eingehenden Prüfung der Rechtsprinzipien zu bestimmen, nach welchen unser heutiges Verkehrsleben sich regelt. Es lässt sich nicht vornehm ignoriren, was auf Schritt und Tritt begegnet und jeden Denkenden zum Nachdenken anregt.

Mochten noch vor einem Menschenalter die Meister unserer Wissenschaft es unter ihrer Würde halten, den Erscheinungen der Gegenwart ihre fruchtbringende Aufmerksamkeit zuzuwenden, oder mochten sie, was wir lieber annehmen wollen, es für ihre nächste Aufgabe erachten, die Grundpfeiler des Privatrechts durch kritisch-historische Forschung zu sicherem Weiterbau blosszulegen: in beiden Beziehungen lässt sich ein Umschwung der Ueberzeugungen nicht verkennen, welcher dem Handelsrecht in besonderem Maasse zu Gute kommt.

Es ist Zeit. Grosse Abschnitte sind noch immer völlig unbearbeitet, andere kaum in ihren Grundzügen entwickelt, für andere kaum erst das Material mehr oder weniger kritisch gesammelt. Genügende monographische Darstellungen — durch welche ja der wahre Fortschritt der Wissenschaft vor-

zugsweise ermöglicht wird — vieler wichtiger Institute fehlen noch gänzlich, selbst von solchen, welche schon seit vielen Jahrhunderten in anerkannter Wirksamkeit bestehen, wie vom Kauf, der Handelssocietät, dem Kommissions- und Speditionsgeschäft, dem Frachtvertrag. Die Pflege des Handelsrechts auf den Pflanzstätten der Wissenschaft, den deutschen Universitäten, steht noch gegenwärtig ausser allem Verhältniss zu der Wichtigkeit dieses Rechtszweiges. Einen eigenen Lehrstuhl hat derselbe, meines Wissens, nirgends; Specialvorträge darüber sind verhältnissmässig selten; ob und in welchem Umfange er als Theil des »Deutschen Privatrechts«, dem man ihn zugewiesen hat, Berücksichtigung findet, hängt von der Individualität und der Richtung der Lehrenden ab. Auf die gerade hier so wichtigen und schwierigen Streitfragen einzugehen, verbietet meist schon die Kürze der ihm gewidmeten Zeit.

Sobald ein Wissenschaftszweig, sich in die Breite und die Tiefe ausdehnend, zur selbstständigen Entwicklung gelangt ist, erheischt er nothwendig ein eigenthümliches Organ, welches den Ueberblick im Ganzen wie in jedem einzelnen Theile ermöglicht, den jedesmaligen Stand der Forschung und die Ergebnisse der Praxis klar abspiegelt und die Veröffentlichung auch kleinerer Abhandlungen gestattet, welche sonst gar leicht, wo nicht ungeschrieben, doch unverbreitet geblieben wären. Auch wird hier nicht zum ersten Male versucht, diesem Bedürfniss entgegenzukommen, wohl aber von einem weiteren, und, wie ich hoffe, fruchtbareren Gesichtspunkt aus, als bisher.

Die erste deutsche handelsrechtliche Zeitschrift, das »Archiv für das Handelsrecht, herausgegeben von einigen hamburgischen Rechtsgelehrten« (1818 bis 1820, 2 Bde.) ist nach nur dreijährigem Bestande eingegangen. So verdienstlich dieses Unternehmen an sich war, dessen Bedeutung für das deutsche Handelsrecht wir noch weiter unten würdigen werden, so war es doch durchaus ungeeignet, demselben als Organ zu dienen. Es beschränkte sich auf die Darstellung und Beleuchtung der wichtigsten »vor dem Hamburger Handelsgericht verhandelten Rechtsfälle«, trug also nicht allein einen durchaus partikulären Charakter, sondern verzichtete auch auf die selbstständige und allseitig wissenschaftliche Erörterung handelsrechtlicher Gegenstände. Denn in den Rechts-

fällen erscheint »die rechtliche Prüfung vorzugsweise nur einzelnen Seiten der vorliegenden Sache zugewendet, und so mancher, bei einer allgemeinen Betrachtung einer handelsrechtlichen Frage als nicht unerheblich, sogar als zweifelhaft hervortretende Punkt bleibt dunkel und unerörtert[1].

Ebenso berücksichtigte die »Hamburgische Monatsschrift für Politik, Handel und Handelsrecht, herausgegeben von C. W. Asher« (1. Jahrg., Bd. 1, 2; 2. Jahrg., Heft 1—4; 3. Jahrg., Heft 1, 1834—1836) das Handelsrecht im Wesentlichen nur durch Mittheilung Hamburgischer Rechtsfälle, an welche sich theoretische Erörterungen von sehr verschiedenem Umfang reihten.

Die nächstfolgende Zeitschrift, das »Archiv für das Preussische Handels- und Wechselrecht, herausgegeben von Gräff« (Bd. 1, 1844—1845; Bd. 2, Heft 1, 1848) theilt vorzugsweise preussische Gesetze und Rechtssprüche mit und kommentirt dieselben; unter den wenigen selbstständigen Abhandlungen, welche nur das einheimische Recht berücksichtigen, ist keine von bleibendem wissenschaftlichem Werth.

In weit höherem Grade als die vorhergehenden entsprach Gelpke's »Zeitschrift für Handelsrecht« (Heft 1—3, 1852, 1853) den Anforderungen eines wissenschaftlichen Organs, und es muss tief beklagt werden, dass der Tod des geistvollen Herausgebers das kaum begonnene Werk so frühzeitig unterbrach. Reiche Erfahrung und lebendige Anschauung des Handelslebens verleihen seinen Erörterungen und legislativen Vorschlägen einen grossen Reiz selbst da, wo die besonnen prüfende Forschung des bestehenden Rechts wie die Bedürfnisse des Handelsverkehrs die gewonnenen Resultate als unhaltbar bezeichnen müssen und den Mangel scharfer juristischer Auffassung wie eine unbefangene Würdigung des gemeinen deutschen Handelsrechts mit Bedauern vermisst. Dennoch, und zwar abgesehen von der vorzugsweisen Berücksichtigung der preussischen Praxis und Gesetzgebung, deren Förderung Hauptzweck der Zeitschrift war, hat dieselbe auf diese Bezeichnung um deswillen keinen Anspruch, weil ihr das wesentliche Element einer Zeitschrift abging: das Zusammenwirken ver-

---

[1] Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht, 1. Heft, S. IV.

schiedener Kräfte, deren Beiträge nicht allein die verschiedenen Individualitäten, sondern auch die mehrfachen Richtungen der Wissenschaft repräsentiren. Gelpke aber hat alle seine Aufsätze selbst geschrieben, er hat nicht eine Zeitschrift, sondern, unter diesem Namen, eine Reihe von Abhandlungen in zwanglosen Heften herausgegeben.

Indem so zum ersten Male[1] der Versuch gewagt wird, den vielen bestehenden Organen deutscher Rechtswissenschaft eine besondere Zeitschrift für das Handelsrecht anzureihen und dadurch auch einer immer lästiger empfundenen äusserlichen Zersplitterung der einschlägigen wissenschaftlichen Leistungen in unzählige gemeinrechtliche und partikuläre Zeitschriften ein Ziel zu setzen, erscheint es als die Pflicht des Herausgebers, die Gesichtspunkte darzulegen, welche er behufs Erreichung seiner Aufgabe zu verfolgen gedenkt. Ein Rückblick auf die Entwicklungsphasen der Handelsrechtswissenschaft dürfte die Erkenntniss dieser Aufgabe erleichtern. Vielleicht, dass derselbe den weiteren Zweck erfüllt, die noch immer gänzlich fehlende litterargeschichtliche Behandlung dieses Rechtszweiges anzubahnen. —

Man hat die auf den Handelsverkehr bezüglichen Bestimmungen der römischen Rechtsquellen dürftig gescholten, und einen Grund dafür in dem alten Vorurtheil[2] gesucht, dass der römische Handel, selbst nach dem Maassstabe des Alter-

---

[1] Seitdem dieses gedruckt worden, hat man auch von anderer Seite versucht, dem dargelegten Bedürfniss entgegenzukommen. Das seit 1850 zu Leipzig erscheinende »Archiv für deutsches Wechselrecht«, herausgegeben von Siebenhaar und Tauchnitz, hat mit dem ersten Hefte des sechsten Bandes sich bereit erklärt, auch Aufsätze aus anderen Theilen des Handelsrechts aufzunehmen, und mit dem soeben ausgegebenen dritten Hefte desselben Bandes den Titel »Archiv für Deutsches Wechselrecht und Handelsrecht« angenommen. Von einer zu Hamburg erscheinenden Zeitschrift, »Neues Archiv für Handelsrecht«, herausgegeben von Voigt und Heinichen, welche nach dem Prospekt sich an das oben besprochene ältere Hamburger Archiv anschliesst, ist das erste Heft ausgegeben. Endlich hat Dr. G. M. Kletke eine »Zeitschrift für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten deutschen Gerichtshöfe in Handelsrechtssachen« angekündigt.

[2] Es genügt zur Widerlegung, auf Mommsen's meisterhafte Darstellung der römischen Verkehrsverhältnisse zu verweisen: Römische Geschichte, 2. Aufl., Bd. I, Buch I, Cap. 11, 12; Buch III, Cap. 13; Bd. II, Buch IV, Cap. II, III; Buch V, Cap. 11 [8. Aufl. Bd. I, Buch I, Cap. 13; Buch II, Cap. 8; Buch III, Cap. 12. — Bd. II, Buch IV, Cap. 11, Buch V, Cap. 7]; und auf Ihering's Geist des röm. Rechts II,. S. 99, 100, 249 bis 255 [vgl. 3. Aufl. I S. 232; II S. 101, 151].

thums, von geringfügigen Dimensionen, der römische Geist grundsätzlich dem Handel abgeneigt, das römische Recht auf die kleinlichen Dimensionen eines Ackerbaustaates berechnet gewesen wäre. Die Behauptung selbst ist insofern richtig, als das römische Recht gar wenige, dem Handelsverkehr eigenthümliche Rechtsinstitute enthält, allein nicht darum, weil es für diesen keine Norm gehabt hätte[1], sondern weil das gesammte römische Vermögensrecht, insbesondere das Obligationenrecht, mit vorzugsweiser Berücksichtigung des umfassendsten internationalen Handelsverkehrs und nach dessen Bedürfnissen ausgebildet worden ist. Zur Befestigung dieses Irrthums haben allerdings zwei bemerkenswerthe Thatsachen beigetragen.

Wir kennen das römische Recht wesentlich nur in der Gestalt, in welche es die späteste Kaiserzeit gebracht hat, zur Zeit des tiefsten wirthschaftlichen wie politischen Verfalls, da manche ehemals hochwichtige Institute gar nicht oder kaum noch dem Namen nach bekannt waren. Es mag hier beispielsweise an das für den Geldverkehr so einflussreiche Hausbuchwesen, an die grossen Societäten mit Korporationsrechten erinnert werden, deren Organismus eine so überraschende Aehnlichkeit mit den heutigen Aktiengesellschaften zeigt. Aus dieser Epoche des Verfalls schreibt sich auch die volle Ausbildung des unbegreiflich zweckwidrigen Hypotheken- und Konkursrechts her, welches der Begründung eines gesunden Personal- wie Realkreditsystems gleichmässig entgegensteht.

Noch einflussreicher erscheint in dieser Beziehung die vielbewunderte Methode der römischen Juristen, in deren auch kasuistischen Darstellungen nur diejenigen thatsächlichen Momente mitgetheilt werden, welche zum unmittelbaren Verständniss des maassgebenden oder zu entwickelnden Rechtssatzes erforderlich scheinen. Indem so von einem jeden Thatbestand nur die juristisch relevanten Umstände hervorgehoben werden, übersieht man leicht, dass die aufgestellten Rechtssätze auch auf einen scheinbar sehr viel reicheren und komplicirteren Thatbestand berechnet sind. So erklärt sich die häufige Erscheinung, dass vermeintlich durchaus eigenthüm-

[1] Wie z. B. Büsch, Darstellung der Handlung, Buch V, Cap. 9, § 3, behauptet.

liche moderne Verkehrsverhältnisse, auf ihren juristischen Kern zurückgeführt, bereits in den römischen Quellen die geeignete Norm finden.

Die Aufnahme dieses im Verlauf seiner Entwicklung immer mehr denationalisirten Rechts in das europäische Kulturleben fiel in die Zeit der städtischen Blüthe und der Anfänge eines umfassenden auswärtigen Verkehrs. Was bis dahin von eigenthümlichen Handelsrechtsnormen sich in Europa entwickelt hatte, erscheint verhältnissmässig überaus dürftig, ausgenommen allein die grosse Zahl seerechtlicher Gewohnheiten, welche theils in die Stadtrechte Aufnahme fanden, theils unter dem Namen von Schiffs- oder Seerechten privatim oder officiell gesammelt und redigirt wurden. Die schon früh vorkommenden See- und Handelsgerichte, die unter Mitwirkung kaufmännischer Schöffen insbesondere in internationalen Streitigkeiten und mit Vermeidung der rohen Formen des damaligen bürgerlichen Processes entschieden, haben sicherlich die rechtliche Anerkennung manches internationalen Handelsbrauchs wesentlich gefördert. Indessen auch sie berufen sich nur allzuhäufig auf die römischen als die natürlichen und gemeinen[1] Rechtssätze. Waren es doch gerade die grossen Städte, welche im Gegensatz zum Bauern- und Adelsstande die Verbreitung des »kaiserlichen Rechts« am eifrigsten förderten, weil es der Freiheit des bürgerlichen Verkehrs und der unbeschränkten Vermögenscirkulation ebenso günstig war, wie es durch seine innere Vollendung und seine Reichhaltigkeit nicht allein die leitenden Prinzipien für die Praxis, sondern auch ein zur unmittelbaren Anwendung geeignetes Material darbot. In diesem Sinne zeichneten sich die norddeutschen Handelsplätze, namentlich Lübeck, durch ihre Sorge für die Errichtung von Lehrstühlen des römischen Rechts auf den neugegründeten Universitäten aus.

Die erste wissenschaftliche Pflege ward den handelsrechtlichen Instituten in den Schriften der italienischen Juristen zu Theil. Deren Darstellung trägt durchweg ein romanistisches Gepräge, selbst dann noch, da die Ausscheidung des Handelsrechts als eines besonderen Rechtszweiges bereits vollendet war, wie in den Schriften des Straccha, Raphael de

[1] Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis, 26, S. 119.

Turris, Scaccia, de Luca, Ansaldis und selbst des scharfsinnigen und erfahrenen Casaregis, welcher überdies, in noch höherem Grade als seine Vorgänger, in den scholastischen Formen der Bartolinischen Schule befangen ist. Weit entfernt, die Unanwendbarkeit des römischen Rechts für die Verhältnisse des neueren Handelsverkehrs zu behaupten, suchten diese vielgefeierten Praktiker selbst solche Institute, welche ihren Ursprung oder ihre besondere Gestaltung unzweifelhaft dem modernen Rechtsbewusstsein verdankten, so gut oder so schlecht es anging, unter die Regeln des Corpus juris zu pressen oder doch nach deren Analogie juristisch zu konstruiren. Für die allgemeinen Lehren des Handelsrechts indessen gebührt ihnen das grosse Verdienst, diese Regeln durch geschickte Benutzung fruchtbar gemacht zu haben.

Deutschland hat nicht allein viele seiner Handelsinstitute, wie den Wechsel, die Banken, die Buchführung, sondern auch deren rechtliche Gestaltung grossentheils von den Italienern entlehnt. Die deutsche Reichsgesetzgebung hat für das Handelsrecht nichts gethan, die zahlreichen Partikulargesetze haben mehr die polizeilichen Verhältnisse und einzelne Specialzweige, namentlich das Wechsel- und Assekuranzrecht und den Process, als das allgemeine Handelsrecht geregelt. Die deutschen Juristen stehen hier in noch höherem Grade als sonst auf den Schultern der italienischen. So namentlich der lübische Senator Johann Marquardt, dessen Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari (1662) indessen das eigenthümliche Verdienst gebührt, durch umfassende Berücksichtigung der deutschen Partikularrechte und der handelsrechtlichen Satzungen fast des gesammten Europa dem modernen Handelsgewohnheitsrecht eine breitere und universalere Grundlage geschaffen zu haben.

Die fast gleichzeitige Inauguraldissertation von Lucas Langermann, De jure in curia mercatorum usitato (1655), welche unter Lauterbach's Namen citirt zu werden pflegt, ist ihrer Anlage nach nur eine kurze Uebersicht der wesentlichsten vom Civilrecht abweichenden Normen des Handelsrechts und der hierüber bestehenden Kontroversen, theilt jedoch mit Marquardt den universalen Standpunkt.

Dieser ersten Periode der deutschen Handelsrechtswissenschaft gehört auch Marperger's Neueröffnetes Handels-

gericht (Hamburg 1709) an, in welchem freilich die umfassend gestellte Aufgabe wenig genügend gelöst wird. Auch er berücksichtigt noch das römische Recht durchweg und erklärt bei Aufzählung der Quellen des geltenden Handelsrechts (S. 171):

»Aus welchen jetzt erzählten Titulis und deren allegirten Stellen genug erhellet, wie die Römische Republik die Aufnahme der Commerciorum, und dass eine richtige Ordnung in denselbigen möchte gehalten werden, sich habe angelegen sein lassen; in massen dann der meiste Theil solcher Römischen Commerciengesetze (und als solche führt er fast sämmtliche dem Obligationenrecht und viele dem Sachenrecht angehörigen Titel der Pandekten und des Codex auf) noch heutigs Tags in unseren Judiciis in Observantz gehalten wird.«

Gleiches gilt von dem letzten Werk dieser Periode, der ziemlich umfassenden Darstellung des Handelsrechtes in v. Rohr's Vollständigem Haushaltungsrecht (2. Aufl., 1738), Buch XI »von Commerciensachen«, dessen erstes und umfassendstes Kapitel namentlich durchweg römisches Recht bringt. —

Tritt schon in den bisher besprochenen Schriften der Gesichtspunkt hervor, dem Handelsrecht, als dem Recht eines besonderen Standes, eine Ausnahmestellung gegenüber dem römischen Recht, als dem gemeinen Civilrecht, anzuweisen, so finden wir diese Auffassung seit dem Beginne des vorigen Jahrhunderts mit besonderer Energie vertreten und für das weitere Schicksal unserer Wissenschaft verhängnissvoll.

Als die so folgenreiche wissenschaftliche Sonderung der einheimischen Bestandtheile unseres Privatrechts von den ursprünglich fremden römischen und kanonischen Elementen eintrat, fielen auch die den Handelsverkehr beherrschenden Rechtsnormen nach ihrem Ursprung in zwei Hälften auseinander: die wirklich oder vermeintlich moderne wurde dem »Deutschen Privatrecht« zugewiesen, die römisch rechtliche verblieb den »Pandekten« und bildete in diesen einen ungesonderten Bestandtheil des Vermögens-, namentlich des Obligationenrechts. Freilich übersah man bei dieser Theilung, dass selbst die modernen Bestandtheile des Handelsrechts in wesentlichen Beziehungen sich von den übrigen Instituten des deutschen Privatrechts unterscheiden: einmal darin, dass sie nicht specifisch germanischen, sondern wesentlich europäischen Ursprungs

sind und schon durch die Verschiedenartigkeit ihrer Quellen der Verbindung mit den eigentlich einheimischen Rechtslehren erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellen. Ist doch erst in neuerer Zeit der Versuch gemacht worden, diese Verbindung auch wissenschaftlich zu begründen[1]. Sodann, dass die einzelnen handelsrechtlichen Institute durch eine gemeinsame wirthschaftliche Bestimmung zusammengehalten und nur in ihrem innern Zusammenhang richtig gewürdigt werden können, ein Auseinanderreissen des innerlich Zusammengehörigen nach zufälligen historischen Gesichtspunkten somit gerade hier besonders bedenklich sein musste, zumal das geltende Recht von dem römischen nicht selten nur in einzelnen, juristisch wenig erheblichen Punkten abweicht. Um so schlimmer, als man sich daran gewöhnte, in dem an das deutsche Privatrecht abgegebenen Theil das ganze Handelsrecht zu sehen.

Zugleich ging durch diese Behandlung der weite Gesichtskreis verloren, von welchem aus die italienischen und selbst die älteren deutschen Juristen das Handelsrecht bearbeitet hatten. War es bis dahin vorzugsweise als das Recht der Handelsgeschäfte, nicht des Kaufmannsstandes gepflegt worden, so schrumpfte es nun zu einem Standesrecht der Kaufleute, zu einem der vielen »besonderen deutschen Privatrechte« zusammen[2], meist mit überaus dürftigem Inhalt. Manche beschränkten dabei das »Handelsrecht« auf eine Darstellung der grossentheils dem öffentlichen Recht und dem Process angehörigen Verfassung und Privilegien der Handeltreibenden, oder zogen wohl auch gar die städtischen Privilegien, das Stapel-, Krahn- und Einlagerrecht dahin, während sie die Handelsgeschäfte mehr oder weniger vollständig, meist jedoch mit

---

[1] Die modernen Verkehrsinstitute bildeten einen zweiten, nothwendigen Bestandtheil des deutschen Privatrechts, z. B. Bluntschli, Deutsches Privatrecht, I S. 4, 14 [Bluntschli-Dahn S. 7].

[2] Beyer, Specimen juris Germanici (1728), lib. 1, cap. 14, 18. Fischer, Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Polizeirechte (1785), Bd. I, Einl. S. 8; Bd. III S. 132—251. Auch Neuere, obwohl mitunter vollständiger, z. B. Diek, Grundriss des deutschen Privatrechts (1826) §§ 420—512. Philipps, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 2. Aufl. (1839) [3. Aufl. 1846], Bd. II, §§ 276—318 und viel umsichtiger, wie Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 7. Aufl. (1847), Bd. II, §§ 530—576; Kraut, Grundriss, §§ 331—399 (6. Aufl., §§ 265—327). Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. III (1855) §§ 213—255 [4. Aufl., §§ 222—267].

willkürlicher Auswahl des Wechselvertrags, der Assekuranz und einzelner Theile des Seerechts, in das System des allgemeinen Vertragsrechts einreihten[1], wie selbst Runde, obwohl dieser ganz richtig das Handelsrecht nicht zu den persönlichen, sondern zu den sachlichen Specialrechten zählt (Grundsätze § 8). Diese Scheidung ist für eine systematische Darstellung des deutschen Privatrechts vollkommen begründet, allein für das Handelsrecht verhindert sie jede Einsicht in den wahren Zusammenhang seiner einzelnen Theile. Jedenfalls aber muss alsdann für die Darstellung der kaufmännischen Sonderrechte der ganz unpassende Name eines »Handelsrechts« aufgegeben werden, wie dies ganz konsequent von Neueren, z. B. von Gengler und Walter, geschehen ist, falls man nicht mit Gerber und Bluntschli so weit gehen will, dieselben ganz aus dem System zu verbannen.

Noch bedenklicher und willkürlicher freilich war es, wenn Eichhorn zwar das Versicherungsrecht, das Wechselrecht und die Bodmerei im Recht der Forderungen behandelt, dagegen im »Recht des Handels und der Schiffahrt«, welchen er zusammen sieben Paragraphen widmet, neben den Standesrechten auch einige Handelsgeschäfte darstellt. Hier ist jeder leitende Gesichtspunkt verloren. —

Unter diesen Missständen hatte vorzugsweise das Allgemeine Handelsrecht und zum Theil das Seerecht zu leiden, während Wechsel- und Versicherungsrecht als einheitliche und überdies durchweg moderne Institute vor denselben mehr geschützt blieben, und mehrfach monographisch bearbeitet wurden: von Heineccius, Siegel, Püttmann, Sieveking, Surland, Wedderkop, Magens und Anderen.

Erst zu Ende des vorigen Jahrhunderts beginnt, nach fast 80jähriger Unterbrechung, eine wenigstens äusserlich selbstständige Behandlung des gesammten Handelsrechts — allein

[1] Z. B. Heineccius, Elementa juris Germanici (ed. 3, 1746), §§ 116 bis 120, 326, 330—333, 335—340. Engau, Elementa juris Germanici civilis (ed. 3, 1748), lib. I tit. 8 §§ 199—205, lib. III tit. 3 §§ 22—30, 128—130, 142—151, 186—213, 221—223, 225—226. Selchow, Institutiones jurisprudentiae German. (1755), §§ 113—115, 356, 358, 359, 368—382; Elementa juris Germanici privati (5. Aufl., 1775), §§ 324—330, 595, 598, 599, 608 bis 622. Eisenhart, Institut. juris German. privati (ed. 3, 1755), lib. I tit. 5, §§ 9—11, lib. III tit. 10 §§ 2, 7, tit. 11 §§ 9—21, tit. 17.

sie zeigt in jeder Beziehung wesentliche Rückschritte. Es ist eine beachtenswerthe Thatsache, dass in den langen Zeitraum von 1709 bis 1824 nur drei Darstellungen dieser Art fallen, darunter zwei ganz ungenügende, jetzt mit Recht verschollene kurze Versuche, Kompilationen elendester Art, weder befruchtet von der Erfahrung eines grossartigen Verkehrslebens, noch durchdrungen von der geistigen Schärfe theoretischer Forschung, unter denen Musaeus (Anfangsgründe des Handlungs- und Wechselrechts, 2. Auflage, Hamburg 1799; in erster Auflage waren das Handlungs- und das Wechselrecht getrennt erschienen 1785, 1774, 1777) dem Versicherungsrecht nur zwei Paragraphen widmet; Lobethan (Grundsätze des Handlungsrechts, 1795) eigentlich nur das Allgemeine Handelsrecht darstellt. Vollständiger und in jeder Beziehung bedeutender ist freilich der »Grundriss des Handelsrechts, insbesondere des Wechsel- und Seerechts« von G. F. von Martens (Göttingen 1797, 1805, 1820), doch sind von den 238 Paragraphen desselben nur die ersten 45, oder ebenfalls 53 Paragraphen dem Allgemeinen Handelsrecht gewidmet, und der berühmte Rechtslehrer selbst will diesen Abschnitt nur als kurze Einleitung betrachtet wissen, indem er von dem entschieden irrigen Gesichtspunkt ausgeht, dass Wechsel- und Seerecht »die beiden Haupttheile dieser Wissenschaft« seien.

Bezüglich der Methode hatte die Anlehnung selbst der modernen Rechtserscheinungen an die römischen Quellen neben vielen Nachtheilen auch den einen Nutzen gestiftet, die Bearbeiter dieses Rechtszweiges zu dem Versuch einer juristischen Begründung zu nöthigen — an deren Stelle begnügte man sich nun mit einer weder juristisch noch auch nur wirthschaftlich genügenden Beschreibung der darzustellenden Institute. Die durch Savary's und Büsch's Verdienst aufstrebende Handelswissenschaft hätte der Ausbildung und Vertiefung des Handelsrechts reiche Frucht bringen müssen durch vermehrte Einsicht in die ökonomischen Zwecke der einzelnen Rechtslehren. Aber sie bahnte anfänglich höchstens eine wenig befriedigende, durchaus einseitige Kritik derselben an. Das Handelsrecht sank zu ihrer Dienerin herab, man begann die geltenden Prinzipien desselben in den Schriften von Savary und Bohn, von Ludovici und Büsch zu suchen. Mit einer vollständigen Verkennung der Natur aller Rechts-

bildung und der gewohnheitlichen insbesondere ging eine durchaus unklare übertriebene Vergötterung des kaufmännischen Gewohnheitsrechts, der Usance, Hand in Hand — und, was vor Allem nachtheilig wirkte, ohne alle Scheidung ihrer faktischen und ihrer rechtlichen Gestaltung, ohne auch nur den Versuch, Gewordenes vom Werdenden zu sondern. (Büsch, Ueber Handlungsusancen in Büsch's und Ebeling's Handlungsbibliothek I, S. 241—271, 660—681). An die Stelle abstrakter und vielfach unlebendiger romanistischer Konstruktion tritt nun ein seichtes ökonomisches Raisonnement ohne jeden juristischen Halt. Nicht in der Praxis, wohl aber in der Wissenschaft, geräth die Existenz eines positiven gemeinen Handelsrechts, insbesondere seiner römischen Elemente, in Vergessenheit, und eine unvollkommene vergleichende Jurisprudenz versucht dessen Stelle einzunehmen. Denn das wirklich im Bewusstsein des Handelsstandes lebende Recht zu ermitteln, dazu war jene Zeit völlig ausser Stande, und in thörichtem Eifern gegen das römische Recht vergass sie nur allzusehr, dass ein grosser Theil desselben gerade hier viele Jahrhunderte lang ohne jede Anfechtung gegolten und im Bewusstsein der Nation feste Wurzeln geschlagen hatte.

Während Fischer, Musaeus, Lobethan unter den Quellen des Handelsrechts »einige brauchbare Stellen des römischen Rechts«, »etwas weniges aus den römischen Gesetzen«, »einige römische Rechtstexte« nennen, stellt Runde, ganz auf Büsch's Standpunkt eingehend, den unwahren Satz auf, dass »die eigentlichen Handlungsrechte sich mehr auf den Handlungsgebrauch und die richtigen Begriffe von der wahren Natur der Handelsgeschäfte, als auf allgemeine gesetzliche (d. h. nach damaligen Begriffen positivrechtliche, sowohl dispositive als absolute) Bestimmungen stützen«.

Martens wäre wohl im Stande gewesen, die richtige Methode, welche er klar genug erkannte, durchzuführen; allein er wandte sich nur allzubald vom Handelsrecht ab, und die späteren Auflagen seines Grundrisses (1805, 1820) brachten zu dessen dürftigem Inhalt nichts als einzelne Berichtigungen und Literaturnotizen hinzu. »Eine vollständigere Entwicklung des Handelsrechts«, erkärte er in der Vorrede zur dritten Ausgabe, »anderen Händen überlassen zu müssen.«

Die Neubelebung der Rechtswissenschaft durch die erfolg-

reichen Bemühungen der historischen Schule brachte zunächst dem Handelsrecht keine Frucht. Nicht einmal die geschichtliche Forschung, welche Martens im Gebiet des Wechselrechts angebahnt hatte (1797), wurde aufgenommen. Die nationalökonomische Richtung blieb zunächst eine Phrase. Die Stellung des gemeinen Handelsrechts wurde zweifelhafter als je, nachdem Preussen durch das Allgemeine Landrecht ein umfassendes und für seine Zeit bedeutendes Handelsrecht erhalten, das ganze überrheinische Deutschland und Baden die französische Gesetzgebung angenommen hatte, für Oesterreich in dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch eine neue Basis für sein nur dürftig entwickeltes partikulares Recht gewonnen war.

Inzwischen hatte in Frankreich die nie unterbrochene handelsrechtliche Literatur auf der Grundlage des Code de commerce neue Blüthen getrieben. Das klassische, durch systematische Vollständigkeit und Eleganz der Darstellung gleich ausgezeichnete Werk von Pardessus (Cours de droit commercial, zuerst 1814, 6. Aufl. 1856), die tief eingehenden kritischen Erörterungen des erfahrenen Vincens (Exposition raisonnée de la législation commerciale, 1821) fanden schnell in Deutschland Eingang, und bei dem elenden Zustand der einheimischen Handelsrechtswissenschaft ebenso eifrige Bewunderung als Benutzung[1]. Diesen Zustand repräsentirt getreu genug das erste grössere Werk, welches nach 120jährigem Zwischenraum über das allgemeine Handelsrecht Deutschlands erschien: Bender's Grundsätze des engeren Handlungsrechts (Darmstadt 1824), welche in seltsamster Art zwischen handelswissenschaftlicher, handelsgeschichtlicher und handelsrechtlicher Darstellung, zwischen der Berücksichtigung gemeiner Quellen und blinder Abhängigkeit von deutschen Partikularrechten und der französischen Gesetzgebung und Literatur schwanken. Zu einer wissenschaftlichen Konstruktion der Handelsrechtssätze wird in dieser Erstlingsarbeit des fleissigen Verfassers

---

[1] Das gilt, obwohl in minderem Grade, auch von der späteren, sehr reichen, doch an Werth sehr ungleichen handelsrechtlichen Literatur Frankreichs. Sie trägt einen vorzugsweise für die Praxis bestimmten Charakter, und statt tieferer juristischer Begründung finden wir hier in der Regel ein sorgfältiges Eingehen in das reiche Detail und eine wohlthätige Kritik der gerichtlichen Entscheidungen, wie des Kassationshofes, so der Gerichte zweiter und sogar erster Instanz.

kaum der Anfang gemacht. Um so auffallender, da der wesentliche Inhalt dieses Werks den handelsrechtlichen Vorträgen des berühmten Pandektisten und späteren Präsidenten des Lübecker Oberappellationsgerichts, Georg Arnold Heise, entlehnt sein soll [1], welcher an der tieferen und quellenmässigen Behandlung des römischen Rechts einen so wesentlichen Antheil hatte. —

Die Wiedergeburt des deutschen Handelsrechts, mit welcher die steigende Blüthe des deutschen Verkehrs zeitlich zusammenfällt, und die dritte Epoche unserer Wissenschaft beginnt, ging von den freien Städten aus, deren ausgebreitete Handelsbeziehungen die Vernachlässigung eines praktisch so wichtigen Rechtszweiges schmerzlich vermissen liessen.

In dem mit Hamburg engverbundenen Altona hatte bereits zu Anfang des Jahrhunderts der erfahrene Jakobsen auf die bedeutsame französische und namentlich englische Praxis hingewiesen, und in seinem »Seerecht des Friedens und des Krieges« (1815), wie in der »Neuen Sammlung handelsrechtlicher Abhandlungen« (1823) fleissig benutzt. Zu einem kritischen Neubau des gesammten Seerechts fehlte ihm freilich, wie seinen Nachfolgern, das unumgängliche historische Rüstzeug durchaus.

Auch hatte schon 1805 der Hamburger Benecke sein noch immer unentbehrliches »System des Assekuranz und Bodmereiwesens« herausgegeben, in welchem, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Gesetze wie der Praxis aller handeltreibenden Völker und fast nur zu genauer Benutzung seiner Vorgänger, ein tüchtiger Anfang gemacht wurde, aus der »Natur der Sache« neue Entscheidungsnormen zu gewinnen und die Prinzipien des geltenden Rechts zur klaren Erkenntniss zu bringen.

Die Einsetzung des Hamburger Handelsgerichts (Februar 1816) förderte die Handelsrechtswissenschaft zunächst durch das gesteigerte Interesse, welches sie auch ausserhalb Hamburgs für die handelsgerichtliche Praxis erweckte. Aus dem trefflichen »Archiv für das Handelsrecht«, welches in seinem Gefolge entstand, und, leider nur zu kurze Zeit, unter eifriger

[1] Vgl. Georg Arnold Heise, Mittheilungen aus dessen Leben, gesammelt von Dr. W. v. Bippen, Halle 1852, S. 271, 272.

Mitwirkung der tüchtigsten hamburgischen Juristen eine Reihe belehrender Rechtsfälle mit gründlichen theoretischen Erörterungen brachte (1818—1820), weht der frische Hauch eines bewegten Handelstreibens und unmittelbar gewonnener reicher Erfahrungen. In den allgemeinen Materien tritt das Römische Recht wieder in die ihm gebührende Stellung.

Ein besonders folgenreiches Ereigniss war die Eröffnung eines gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts für die vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck (13. November 1820). Hier war ein Mittelpunkt für die Praxis jener bedeutenden, sämmtlich dem gemeinen Recht angehörigen Handelsstädte gewonnen, und die Besetzung der Richterstellen mit ausgezeichneten Gelehrten sicherte die zwar stets zu erstrebende, im Handelsrecht jedoch geradezu unentbehrliche Verbindung von Theorie und Praxis. Neben der grossen Reihe vortrefflicher Urtheile, welche nun erst allmälig in verschiedenen Sammlungen zu Tage treten und häufig der theoretischen Forschung ganz neue wichtige Gesichtspunkte eröffnen, verdankt die Wissenschaft diesem höchsten Gerichtshof auch die klassischen handelsrechtlichen Abhandlungen Cropp's (Juristische Abhandlungen I, II, 1827, 1830), wie später dem Preussischen Obertribunal, ausser dessen nicht minder bedeutsamen Erkenntnissen, die oben erwähnte Zeitschrift Gelpke's. Diese Aufsätze sind mehr noch durch ihre Methode, als durch ihren vielfach bahnbrechenden Inhalt Muster für die ganze Folgezeit geblieben. Hier finden wir zum ersten Male gründliche Kenntniss des Römischen Rechts und der modernen Handelsrechtsquellen in echt historischem Sinne verbunden, und der lichtvollen Darstellung gereicht es nicht zum geringsten Verdienst, dass sie durchweg die genaueste Anschauung der Handelsverhältnisse wie das wohlbegründete Streben verräth, das geltende Recht den Bedürfnissen derselben gemäfs anzuwenden und weiter zu entwickeln.

Einen wesentlichen Fortschritt in allen diesen Richtungen zeigt auch das fast gleichzeitige, zum ersten Male und bisher allein sämmtliche Handelsrechtszweige umfassende Werk des fleissigen Pöhls (Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts; allgemeiner Theil 1828; Wechselrecht 1829; Seerecht 1830—1833; Seeassekuranzrecht 1832, 1834; das Recht der Aktiengesellschaft 1842). Insbesondere

gebührt ihm das Verdienst, eine schärfere Sonderung des gemeinen Rechts von den Partikularrechten angebahnt und für das Seerecht zum ersten Male das gesammte Material neuerer Rechtsbildung benutzt zu haben.

In ganz origineller und vielversprechender Weise begann Thöl seine erfolgreiche Thätigkeit. Zeichnete »der Verkehr mit Staatspapieren« (1835) durch die sorgsamste Prüfung der »Natur der Sache« sich in hervorstechender Weise vor allen früheren Darstellungen dieses Gegenstandes aus, so ist in seinem »Handelsrecht« (Band I, 1841, 1847, 1854; Band II, 1847 [1]) dieser wirthschaftliche Gesichtspunkt fast durchweg zur Grundlage — tritt diese auch nicht überall gleich deutlich hervor — einer überaus scharfsinnigen, echt juristischen Deduktion gewählt, welche zwar sorgsamer als irgend ein Vorgänger das gesammte europäische Rechtsmaterial berücksichtigt, überall jedoch den Standpunkt des positiven gemeinen deutschen Rechts mit Festigkeit behauptet. Darum entnimmt er seine Waffen so viel als möglich den römischen Rechtsquellen, deren ganzen Reichthum für das Handelsrecht er zuerst unter den Neueren aufdeckt. An Klarheit, Besonnenheit und Tiefe der Forschung, an Prägnanz der Gedanken und des Ausdrucks steht er keinem unter den Meistern unserer deutschen Rechtswissenschaft nach, an juristischem Gestaltungsvermögen Vielen voran. Dass auch er nicht den ganzen Kreis nicht einmal des allgemeinen Handelsrechts erschöpft, dass er vielfach bloss abwehrend behauptete Modifikationen römischer Rechtsprinzipien negirt, statt auf geschichtlichem und dogmengeschichtlichem Wege deren heutige Geltung zu untersuchen, diese und andere geringe Mängel treten neben so bedeutenden Verdiensten billig in den Hintergrund. Durch ihn ist der streng juristische Boden und die richtige Methode für das Handelsrecht dauernd gewonnen worden — das Mehr oder Weniger allein nach der römischen oder der modernen, der dogmatischen oder der historischen Richtung kann in Frage stehen, und wird, je nach der Individualität eines jeden Schriftstellers, muss, je nach der Gestalt des zu behandelnden Gegenstandes, verschieden beantwortet werden.

Während so im engeren Kreise des hanseatischen Nordens,

---

[1] [Bd. I, 6. Aufl. 1879, Bd. II, 4. Aufl. 1878, Bd. III 1880.]

welchem auch der mit dem Handelsleben vertraute und fleissige Brinckmann (Lehrbuch des Handelsrechts 1853, 1854[1]) seiner Geburt und seiner früheren Berufsstellung nach angehörte, eine neue Blüthezeit der Handelsrechtswissenschaft begann, welche vor der älteren italienischen insbesondere die geläuterte Auffassung des Rechts und die tiefere Behandlung seiner Quellen voraus hat, waren auch Süd- und Mittel-Deutschland nicht unthätig geblieben.

Mittermaier hatte die Rechtsentwicklung der deutschen Partikularrechte wie des gesammten Auslandes in der älteren wie in der neueren Literatur mit unermüdlicher Ausdauer verfolgt und von diesem universalen Standpunkte aus dem Handelsrecht in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts endlich den gebührenden Platz gesichert, Nebenius für einen wichtigen Zweig die ökonomische Grundlage gelegt (Der öffentliche Kredit, zweite Auflage, 1829). In Sachsen hatte Treitschke, abgesehen von seiner gründlichen »Encyklopädie der Wechselrechte« (1831), für die Societät (1825, 1844), den Kauf (1838[2]) und das Kommissionsgeschäft (1839) monographische Vorarbeiten geliefert, welche durch ihre tüchtige civilistische Basis noch heute Beachtung verdienen, Einert, (Das Wechselrecht, 1839) »mit bewunderungswürdigem Takt die Rechtsanschauungen, welche die gesammte kaufmännische Welt der Gegenwart durchdringen, aus ihrem geheimnissvollen Dunkel ans Licht gebracht«[3].

Aus der grossen Zahl trefflicher Vorarbeiten, denen endlich die allgemeine Deutsche Wechselordnung entsprungen ist, ging Liebe's epochemachende, und wenngleich nicht von ihm zuerst angedeutete, so doch von ihm ausschliesslich in den Grundzügen wie im Einzelnen geistvoll durchgeführte Theorie hervor, durch welche nicht allein für den Wechsel, sondern für eine ganze Reihe moderner Institute ein neuer überaus fruchtbarer Gesichtspunkt gewonnen, die Einsicht in die Struktur des Obligationenrechts unermesslich gefördert wurde (Entwurf einer Wechselordnung für Braunschweig, 1843. Die allgemeine deutsche Wechselordnung mit Einleitung

[1] [Fortgesetzt von Endemann 1860.]

[2] [2. Aufl. 1865.]

[3] Treffende Worte Fick's in der Heidelberger kritischen Zeitschrift I, S. 479.

und Erläuterungen, 1848). Den glänzenden, wenngleich nicht selten einseitigen historischen Untersuchungen Frémery's (Etudes de droit commercial, 1833) reihten sich die gründlichen Forschungen Biener's über die Geschichte des Wechsels an (Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, 1846 [1859]).

Der Deutschen Wechselordnung selbst ist eine reiche und gediegene Literatur gefolgt, welche den jetzigen Standpunkt der deutschen Rechtswissenschaft nach allen Richtungen hin würdig repräsentirt. An ihr Gelingen knüpft sich zugleich die Hoffnung, den berechtigten Wunsch nationaler Gesetzgebung wenigstens im Gebiet des gesammten Handelsrechts verwirklicht zu sehen.

Was in den letzten zehn Jahren für dasselbe geleistet ist, lehnt sich durchaus an die bisher charakterisirten Richtungen an. Hier zuerst hat die deutsche Rechtswissenschaft die Versöhnung römischer und moderner Elemente und die Verschmelzung beider zu einem neuen Ganzen, die Einfügung neuer Rechtsgedanken in das überkommene, aber in der Gegenwart vertiefte System der römischen Begriffe, wie deren dogmatische Konstruktion, vielfach nicht ohne Glück, versucht. Hier hat auch jenes bald hoch gepriesene, bald tief geschmähte »Naturstudium« reiche Frucht getragen, das, richtig verstanden, nichts Anderes ist als die klare Erfassung der wirthschaftlichen Gesetze, nach denen der Wille der Verkehrtreibenden sich bestimmt und denen gemäſs er die Regeln aufstellt, welche allmälig in Form der Gewohnheit oder des Gesetzes sich zum positiven Recht verdichten. Selbst die ehemals so schroffe Scheidung der Theorie von der Praxis hat auf diesem Gebiet einem erfreulichen Zusammenklang Raum gegeben, und zahlreiche Sammlungen von Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe, wie deren sorgsame Berücksichtigung in der neueren wissenschaftlichen Literatur, z. B. in Beseler's System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. III, 1855 [4. Aufl. 1885], und in Renaud's Lehrbuch des Wechselrechts, 2. Aufl., 1857 [3. Aufl. 1868], geben davon ein beachtenswerthes Zeugniss.

Was uns Noth thut, ist also nicht ein neuer Standpunkt, sondern die gleichmässige Pflege aller der verschiedenen und sämmtlich fruchtbaren Richtungen, welche nach einander in der Ge-

schichte unserer Wissenschaft hervorgetreten sind: der wirthschaftlichen (»Natur der Sache«), wie der geschichtlichen und dogmatischen; die genaue Beachtung wie unserer einheimischen Praxis, so der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur aller auf gleicher Kulturstufe stehenden handeltreibenden Nationen; endlich auch die liebevolle Pflege und immer sichere Ergründung der ursprünglich fremden, aber mit uns verwachsenen Elemente unseres heutigen Rechts, deren wir uns weder entäussern wollen, noch zu entbehren im Stande sind. Allerdings braucht man nicht nothwendig römisch zu denken, um streng juristisch zu denken; allein wer überall und prinzipiell anders denken will als die Römer, selbst da, wo deren Auffassung unseren heutigen Verkehrsbedürfnissen vollkommen entspricht, wird nicht selten das juristische Denken ganz verlernen. Dem wirklich reifen Gedanken setzt die römische Theorie, richtig verstanden, keine Schranke. Von wirklichen Fesseln des Romanismus befreien können wir uns nur durch unbefangenste Ergründung unseres gegenwärtigen Rechtszustandes, seiner ökonomischen und geschichtlichen Grundlagen.

Gegen jede einseitige Uebertreibung der einen wie der andern Richtung tragen Wissenschaft und Leben in sich ihre Korrektive.

Hiermit glaube ich, wie meinen eigenen Standpunkt in unserer parteienreichen Zeit — für den ich übrigens den Vorwurf des Eklekticismus keineswegs scheue — so auch die allgemeine Aufgabe dieser Zeitschrift bezeichnet zu haben, deren Methode und Inhalt durch den vor einiger Zeit erschienenen Prospekt in folgender Art angegeben ist:

> »Die Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht stellt es sich zur Aufgabe, dem deutschen Juristen- und Handelsstande ein Centralorgan für diesen wichtigen Rechtszweig zu werden.
>
> Der Herausgeber gedenkt dieses Ziel zu erreichen sowohl durch gleichmässige Vertretung sämmtlicher Theile des Handelsrechts in selbständigen Abhandlungen, wie durch sorgfältige Berücksichtigung aller irgend erheblichen Erscheinungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung, der Rechtsübung und der Literatur in allen Theilen Deutschlands. Das Rechtsleben einzelner deutscher Städte wird nur insofern

vorzugsweise Berücksichtigung erfahren, als die Wichtigkeit der dort geltenden Rechtsnormen oder zur richterlichen Entscheidung gelangten Rechtsfragen solche erheischt.

Bis zur ersehnten Vollendung eines Deutschen Handelsgesetzbuchs fällt der Zeitschrift die weitere Aufgabe zu, die Grundlagen wie die Bausteine zu prüfen, auf und mit denen das grofse Werk errichtet werden soll; ist der Bau beendigt, so soll sie den Uebergang aus dem alten in das neue Recht vermitteln, die mühsam errungene Einheit wahren und der drohenden Zersplitterung der deutschen Praxis nach Möglichkeit vorbeugen.

Den Anforderungen der Wissenschaft wie des Lebens kann jedoch das zu begründende Organ nur alsdann gerecht werden, wenn es zugleich durch treue Erforschung der Vergangenheit die geschichtlichen Grundlagen unseres geltenden Rechts aufzudecken und so dem gegenwärtigen Rechtszustand eine sichere Basis zu gewähren bestrebt ist. Auf diesem Felde vorzüglich ist noch Vieles zu thun, und wird durch die Kodifikation nicht entbehrlich werden.

Soll nun auch das Deutsche Handelsrecht, das gemeine, wie das besondere der Einzelstaaten, vorwiegend dargestellt werden, so erscheint es doch durchaus geboten, auch die Rechtsentwicklung des Auslandes nicht zu ignoriren. Die immer wachsenden Dimensionen des auswärtigen Waarenhandels, der enge Zusammenhang der Geldverhältnisse in allen Theilen der Erde, die steigende Bedeutung der überallhin verbreiteten Kreditpapiere, die Entstehung ungeheuerer Associationen, welche ihre Operationen über alle civilisirten Länder ausdehnen, machen die Kenntniss des Rechts wenigstens der wichtigsten Handelsvölker dem Juristen wie dem Kaufmann unentbehrlich. Gleich erheblich sind die aus der Natur des Handelsrechts hergenommenen Gründe. Dasselbe ist in vielen Punkten allgemeines Recht aller handeltreibenden Staaten; es ist für sie theils aus gemeinschaftlichen Quellen hervorgegangen, theils haben die gleichen Bedürfnisse überall ähnliche Normen erzeugt; selbst unmittelbare Entlehnungen fremden Rechts sind nirgends häufiger als auf diesem Gebiet. So bietet das fremde Recht ein wichtiges Hülfsmittel für die richtige Erkenntniss unseres eigenen, die fremde Gesetzgebung und Rechtsbildung nicht allein Be-

lehrung, sondern auch ein häufig bedeutsames, und namentlich in dem gegenwärtigen Stadium der deutschen Rechtsbildung höchst beachtenswerthes Vorbild. Die Literatur des auswärtigen Handelsrechts ist überdies so reichhaltig und werthvoll, dass deren Vernachlässigung der deutschen Wissenschaft nur bleibenden Nachtheil bringen könnte.

Das umfassende Gebiet der Volkswirthschaftslehre ist zwar selbstverständlich ausgeschlossen, allein die bedeutenderen literarischen Erscheinungen auf demselben sollen insoweit berücksichtigt werden, als deren Inhalt für die tiefere Einsicht in das Wesen des geltenden Handelsrechts und dessen zweckmässige Gestaltung förderlich erscheint.

Die Zeitschrift wird demgemäſs enthalten:

1. Abhandlungen dogmatischen, exegetischen und historischen Inhalts.

2. Uebersichten über ältere und neuere Quellen des Handelsrechts, namentlich über geltende Usancen und über deutsche und fremdländische Gesetzgebung.

3. Die wichtigeren einschlägigen Präjudicien der deutschen und, soweit möglich und zweckmässig, der auswärtigen Gerichtshöfe.

4. Uebersichten der inländischen und ausländischen handelsrechtlichen und nationalökonomischen, namentlich handelswissenschaftlichen Literatur in Recensionen, Auszügen und Anzeigen.

5. Miscellen, insbesondere statistische Nachrichten aus dem Gebiete der Handelsrechtspflege.«

Im Einzelnen mag hier noch Folgendes bemerkt werden:

Die Zeitschrift beschränkt sich auf das Gebiet des Handelsrechts, begreift darunter indessen, nach dem Vorgang neuerer Gesetzbücher und der Entwürfe für ein Deutsches Handelsgesetzbuch, namentlich auch diejenigen allgemeinen Lehren des Obligationenrechts, welche für die Regelung des Handelsverkehrs von besonderer unmittelbar praktischer Wichtigkeit sind [1].

In der möglichst vollständigen und gleichmässigen Vertretung der handelsgerichtlichen Praxis aller deutschen Staaten

[1] Vgl. meine Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten, Heft 1, S. 1, 2.

muss ein besonders wichtiges Mittel für die Förderung wie die Erhaltung nationaler Einheit auf diesem Gebiete gesehen werden. Die alsbaldige Mittheilung noch ungedruckter Entscheidungen erscheint darum besonders wünschenswerth. Doch soll, um eine feste Zeitgrenze innezuhalten, nur ausnahmsweise über das verflossene Jahr hinausgegangen werden.

Aeltere, bisher ungedruckte, oder unvollständig oder fehlerhaft oder in sehr seltenen Werken edirte, desgleichen wichtige neuere partikularrechtliche und auswärtige Quellen, falls erforderlich mit beigefügter Uebersetzung, werden als wichtige Förderungsmittel für die geschichtliche Erkenntniss unseres geltenden Handelsrechts mit besonderem Dank aufgenommen werden.

In den Literaturübersichten sollen die bedeutendsten Erscheinungen, insbesondere auch die durch reiche Kasuistik und durch sorgfältige Beobachtung des Handelslebens ausgezeichneten französischen und englischen Werke, in eingehenden Recensionen besprochen, minder wichtige durch Auszüge oder Anzeigen zur Kenntniss gebracht werden.

Für die Rubrik »Miscellen« sind statistische Nachrichten über die Praxis der Handelsgerichte, über die wichtigsten Institute des Handelsrechts, z. B. über das numerische Verhältniss der verschiedenen Arten von Handelssocietäten nach Anzahl und Kapitalhöhe, ferner einschlägige Mittheilungen aus Werken, welche einem anderen Gebiet angehören, endlich kürzere Bemerkungen erwünscht, welche nur den Zweck haben, zu weiteren Untersuchungen anzuregen.

Es ist im Laufe dieser Erörterungen mehrfach die geschichtliche Seite der Forschung mit besonderem Nachdruck hervorgehoben worden. Hätte Beseler Recht, dass dieselbe »so fruchtbar für andere Rechtstheile, für das Handelsrecht in praktischer Hinsicht nur selten einen lohnenden Ertrag« gewähre, so dürften wir darin eine Erklärung der jedenfalls unleugbaren Thatsache finden, dass dieselbe gerade auf unserem Gebiete in unbegreiflicher Weise vernachlässigt ist, und dass wir in den meisten Fällen genöthigt sind, auf die nicht immer sorgfältig und unbefangen und selten mit annähernder Vollständigkeit angestellten Untersuchungen der auch hier sehr viel thätigeren französischen Juristen zurückzugehen. Richtiger haben wir indess die Ursache dieser Erscheinung in den be-

sonderen Schwierigkeiten historischer Forschungen auf diesem Felde zu sehen, zu denen das erforderliche Rüstzeug wie die nothwendige Ausdauer nur Wenigen zu Gebote zu stehen pflegt[1]. Ueber den praktischen Werth derselben aber auch für das Handelsrecht dürfte das Urtheil des vorzugsweise praktischen und vielerfahrenen Gelpke entscheiden, welcher die geschichtliche Methode als die einzige bezeichnet, die »zu einem richtigen Verständnisse und zu einer angemessenen Auslegung und Anwendung der positiven gesetzlichen Bestimmungen« auf diesem Gebiet in den Stand setzt. —

Inwieweit diese Zeitschrift die umfassend gestellte Aufgabe zu lösen vermag, wird von der Unterstützung abhängen, welche ihr von den Männern der Wissenschaft und des Lebens zu Theil wird, deren Gewährung indess nach vielseitigen, ebenso erfreulichen wie mich ehrenden Zusagen in sicherer Aussicht steht.

---

[1] Dass dies nicht von Beseler gilt, versteht sich von selbst. In einem Lehrbuch des heutigen deutschen Privatrechts würde ohnehin die historische Erörterung nur einen geringen Raum in Anspruch nehmen können. Dem Handelsrecht könnte nur damit gedient sein, wenn es überall eine so umsichtige und vollständige Darstellung erführe, wie in dem Werke dieses ausgezeichneten Gelehrten. Einen überaus erfreulichen Fortschritt zeigt auch hierin die neueste handelsrechtliche Monographie: Kuntze's Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig 1857.

2.

HANDELSRECHT.

(GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG.)

(1892.)

---

1. Einleitung.

Versteht man unter »Handel« den Güterumsatz schlechthin, so fällt die Geschichte des »Handelsrechts« mit der Geschichte des Verkehrsrechts zusammen, umschliesst somit auch den grössten Theil des gemeinen Obligationenrechts und einen grossen Theil des Sachenrechts. Nimmt man dagegen den Begriff »Handel« in dem engeren, allein technischen Sinne einer den Güterumsatz vermittelnden Erwerbsthätigkeit, so umfasst das »Handelsrecht« nur die diesem besonderen Zweige wirthschaftlicher Thätigkeit eigenthümlichen Rechtsnormen und hat die Geschichte des Handelsrechts nur die Entwicklung dieses besonderen Rechtszweiges darzulegen.

Ein derartiges Sonderrecht hat sich seit alter Zeit aus inneren wie aus geschichtlichen Ursachen gebildet. Seine charakteristischen Eigenschaften sind im Gegensatz zum gemeinen bürgerlichen Recht die grössere Freiheit, Beweglichkeit, endlich das höhere Maass universaler (kosmopolitischer) Geltung. Es ist um so dürftiger, je weniger entwickelt einerseits die besondere Thätigkeit des Handels ist, je mehr andererseits das gemeine bürgerliche Recht den besonderen Bedürfnissen des Handels entspricht; letzteres ist auch bei reicher Entfaltung der Handelsthätigkeit möglich. Ueberall aber nimmt es dem gemeinen bürgerlichen Recht gegenüber eine bahnbrechende Reformstellung ein. Wie dem Handel die Rolle des Organisators und damit auch des Herrschers in der gesammten Volkswirthschaft zufällt (Schmoller), so ist auch das Handelsrecht unter dem vorherrschenden Einfluss wie überwiegend nach den Interessen der wirthschaftlich am höchsten geschulten und weitsichtigsten Bevölkerungsklassen ausgebildet. Indem seine Tendenzen das gesammte bürgerliche Recht zu

durchdringen pflegen, verengt es, in diesem allmälig zu erheblichem Theile aufgehend, auf der einen Seite seinen Sonderkreis, während gleichzeitig auf der anderen Seite durch neu hinzutretende Rechtssätze, welche mindestens zunächst oder gar schlechthin nur den besonderen Bedürfnissen des Handels entsprechen, sein Umfang in stetem Wachsen begriffen ist. Sein jedesmaliges Verhältniss zum gemeinen bürgerlichen Recht ist so stets ein relatives: ein beträchtlicher Theil des heutigen gemeinen bürgerlichen Rechts ist ursprünglich blosses Sonderrecht des Handels gewesen, ein erheblicher Theil des heutigen Handelsrechts strebt danach, zum gemeinen bürgerlichen Recht zu werden.

Findet in dem Handel und durch denselben wie der wirthschaftliche Zusammenschluss, so die kapitalistische Organisation der Gesellschaft ihre volle Ausbildung, so mag man das Handelsrecht als das Recht der zur Interessengemeinschaft verbundenen kapitalistisch organisirten Gesellschaft bezeichnen. Es bedarf nur des Hinweises auf die grossen social-ethischen Strömungen und Gegenströmungen in den verschiedenen Epochen der Geschichte, um die wechselnde Bedeutung zu ermessen, welche dem Handelsrecht im Wechsel der Zeiten zugekommen ist und zukommt. Weiter hängt dies damit zusammen, dass, um neuere Schlagworte zu gebrauchen, der Handel und dessen Recht im Wesentlichen »individualistisch« angelegt sind und damit in scharfen Gegensatz zu der »socialen« oder »kollektivistischen« Strömung treten, welche das Wirthschaftsleben in verschiedenen Epochen beherrscht. Immerhin sind schon in den Uranfängen der Geschichte der Handel und sein Recht zugleich social einigend.

Denn von Urzeit her ist der Güterumtausch vornehmlich durch die vermittelnde Thätigkeit des Händlers, insbesondere des stammfremden, bewirkt worden. Den Mittelpunkt des Handels bildet von jeher der Markt, ursprünglich ein »befriedeter« Platz unter religiösem Schutz; an den friedlichen Markttausch knüpfen sich die Anfänge internationaler Rechtssitte und universalen Handelsrechts, und noch lange nach der Gründung der einen ständigen Markt bildenden Städte erhalten sich die vorübergehenden Märkte und Messen als wichtige Stätten des Austausches und Geldverkehrs für engere und weitere Kreise.

Mit der Ausbildung der Seeschiffahrt, hinter welcher der Binnentransport bis in unser Jahrhundert weit zurücktritt, wird der Handel der Mittelmeerstaaten, später auch des nördlichen Europa, überwiegend Seehandel, daher die Rechtssätze des Grosshandels vorwiegend im Seeverkehr entstanden und, wenn überhaupt, nur allmälig auf den Binnenhandel übertragen worden sind. So ist das griechisch-römische foenus nauticum (pecunia trajectitia, Seedarlehn) die Grundlage wie der Prämienversicherung, so des Wechsels geworden, bildet die Seeversicherung den Ausgang der Assekuranz überhaupt, sind die überseeische commenda und der Kolonialaktienverein die Urtypen der modernen Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftung.

Aller Handel ist ursprünglich Tauschhandel, Handel im Umherziehen, Kleinhandel, Eigenhandel; nur allmälig haben sich die höheren Formen des Kauf-(Geld-)Handels, des stehenden Handels, des Grosshandels, am spätesten der Kommissionshandel entwickelt. Die Thatbestände des Handels gehören zum erheblichen Theil bereits der altorientalischen (egyptischen, insbesondere babylonischen, auch wohl phönizischen), dann der hellenischen und römischen Kulturwelt an; in minderem Umfange lassen sich dieselben auch in dem mittelalterlichen nördlichen (germanischen, slavischen) Europa nachweisen; überall hat auch mehr oder minder festentwickelter Handelsgebrauch bestanden. Aber die typische Rechtsform haben diese Thatbestände vorwiegend erst von den Römern im Alterthum, von den italienischen und anderen romanischen Mittelmeerstaaten im Mittelalter empfangen. Die Rechtsbildung ist im Alterthum bis auf die justinianische Kodifikation, desgleichen im Mittelalter vorwiegend eine gewohnheitsrechtliche gewesen, obwohl im Mittelalter das Statutarrecht der Städte wie der gewerblichen Innungen wachsende Bedeutung gewinnt. Auf der Mischung antiker, mittelalterlicher und moderner Elemente beruht unser heutiges Handelsrecht; an der Fortbildung des von allen europäischen Nationen recipirten romanischen Handelsrechts haben seit Ausgang des Mittelalters alle Kulturvölker Antheil genommen; durch geschickte Kodifikation hat namentlich im 19. Jahrhundert Frankreich hier, wie auf allen Rechtsgebieten, vorwiegenden Einfluss gewonnen.

Die Hauptphasen der Entwicklung soll die folgende Ueber-

sicht ergeben, welche im Wesentlichen der bisher einzigen Darstellung der Geschichte des Handelsrechts (Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts [auch Handbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., I] 1. Lieferung, 1891, dazu einstweilen noch auch Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2. Aufl., 1875) entnommen ist.

2. Das Handelsrecht der alten Welt.

Das Wirthschaftsleben der alten Welt wird wesentlich durch den allgemeinen Bestand der Sklaverei bedingt, sein Grundzug ist der hauswirthschaftliche Typus, obwohl solcher den Handel weniger als andere Wirthschaftszweige beherrscht. Der Grossbetrieb ist vorwiegend kapitalistischer Waaren- und Geldhandel; das Transportgewerbe und die mannigfachen, allmälig vervielfältigten Hilfsgewerbe haben sich selten zu selbstständigen Unternehmungen ausgebildet. Zwischen dem Herrn und dessen als Geschäftsführer oder auch auf eigenen Namen Handel treibenden Sklaven (Haussöhnen) bestehen in der Hauptsache nicht Rechts-, sondern blosse Rechnungsverhältnisse.

1. Eigenthümliches Handelsrecht der grossen orientalischen Reiche ist nicht bekannt, obwohl namentlich bei dem grossen Handelsvolke der Babylonier im neubabylonischen Reiche ein beträchtlicher Theil der heutigen Handelsgeschäfte begegnet und der Kreditverkehr entwickelt ist. Gänzlich verschollen ist das Recht der Phönizier und Karthager; die abenteuerliche Hypothese Revillouts (Les obligations en droit Egyptien, comparé aux autres droits de l'antiquité, Paris 1886), dass von den Phöniziern, indirekt durch deren Vermittelung von den Egyptern und Babyloniern, der eigentlich brauchbare Theil des römischen Rechts stamme, entbehrt jeden Anhalts. Nicht Handelsvolk war in seiner Heimath das jüdische Volk.

2. Was von besonderem Handelsrechte der hellenischen Staaten, auch der Handelsstaaten, einschliesslich der hellenistischen Weltemporien, wie Alexandria, Seleucia u. a., bekannt ist, geht nicht über vereinzelte Notizen hinaus. Die geschriebenen Gesetze sind uns nur zum geringen Theil erhalten, das Verkehrsrecht unterlag überwiegend der flüssigen Handelssitte und der freien Uebereinkunft. Voll entwickelt ist das wichtige Seedarlehnsgeschäft, die grosse Haverei jedenfalls in

Rhodus (lex Rhodia de jactu) geregelt, das Bankwesen ausgebildet, zumal in Attika, wo gesetzliche Zinsfreiheit herrschte. Zu Assekuranzen und Wechseln begegnen Ansätze, Inhaber- und Orderpapiere finden sich in hellenistischer Zeit. Bei überwiegender Unproduktivität des herrschenden Bürgerstandes pflegten nur Grosshandel und Rhederei höhere Achtung zu geniessen, während sogar die gegen den Materialismus reagirende spätere philosophische Spekulation (Plato, Aristoteles) jede Arbeit um Gelderwerb, insbesondere den Handel und die Zinsleihe, brandmarkte.

3. Der griechischen Philosophie schliesst sich die entlehnte Philosophie der Römer, insbesondere Cicero's an, wie denn auch die Sitte dem ersten (Senatoren-) Stand den Handel auf eigenen Namen untersagte und das Gesetz (Lex Claudia 218 a. Chr.) denselben von der Grossrhederei ausschloss. Der höhere römische Kapitalistenstand, die equites der späteren Republik, betrieb dagegen in erheblichem Umfange die handelsmässige Grossspekulation. Immerhin ist seit den letzten Jahrhunderten des Freistaates der äusserst umfassende Handel des römischen Weltreiches in römischen Händen, die Hauptstadt Rom ein Verkehrs- und Bankplatz ersten Ranges, auch Mittelpunkt der abendländischen Industrie, insbesondere des Kunsthandwerks. In der blühendsten Wirthschaftsepoche der alten Welt, der römischen Kaiserzeit, bildete das Weltreich ein ungeheures Wirthschafts-, ja Freihandelsgebiet, in welchem Gewerbefreiheit wie Freizügigkeit bestand und zu Lande wie zur See ein verhältnissmässig wenig gestörter Frieden (pax Romana) herrschte. Erbe der Gesammtkultur der alten Welt hat dieses Weltreich auch kommerziell und nautisch die auf allen Lebensgebieten bewährte selbstständig ordnende und assimilirende Kraft entwickelt.

Sein ursprüngliches Stadtrecht (ius civile), welches bei aller Schneidigkeit und Schärfe dem grossen Verkehr äusserst förderlich war, hat durch Aufnahme aller brauchbaren Elemente aus dem Recht der verbündeten und unterworfenen Völker sich zum Weltrecht (ius gentium) ausgebildet und damit auch für den damaligen Welthandel eine universale Rechtsordnung von unvergleichlichem Werthe geschaffen. Weniger durch besondere Satzungen für den Handel, obwohl es auch an solchen und sehr wichtigen keineswegs fehlt (Sonderrecht

der Bankiers, der Sklavenhändler, der publicani, actio tributoria, exercitoria, Seedarlehn und grosse Haverei), vielmehr dadurch, dass das gemeine bürgerliche Recht in einer auch den Anforderungen des grossen Handelsverkehrs entsprechenden Weise aus- und durchgebildet wurde, dazu der wechselnden Verkehrssitte und dem erkennbar erklärten Willen der Interessenten freiester Spielraum gelassen wurde, Treue und Glauben (bona fides) in der Rechtsprechung die sorgsamste Berücksichtigung fanden.

Freilich begegnen bereits in klassischer Zeit Vergröberungen und werden bedenkliche Abwege (z. B. Ausartung der Hypothek, Erweiterung der Konkursprivilegien) eingeschlagen; aber doch erst in der späteren Kaiserzeit und unter dem Einfluss christlicher Weltanschauung findet sich ein gegen die Auswüchse des Kapitalismus (Ausbeutung, Wucher, Härte) gerichteter systematischer Schutz, welcher vielfach auch den redlichen Handel unangemessen einengte, und begegnen mancherlei Irrungen, insbesondere mechanische Abgrenzungen des Erlaubten und Unerlaubten, welche dem stetig sinkenden Niveau des Verkehrs wie der juristischen Kraft entsprechen. Lebensfähige Genossenschaften hat das alternde Reich nicht mehr erzeugt, wohl aber privilegirte, aber auch besonders besteuerte Zwangskorporationen (insbesondere der navicularii) mit ausgedehnter Specialjurisdiktion und damit ein eigenthümliches, in der Hauptsache freilich fiskalisches, kaufmännisches bezw. gewerbliches Handelsrecht. Daher auch die charakteristischen Versuche einer gesetzlichen Tarifirung der Waarenpreise und der Arbeitslöhne (Diocletian) oder die Herabsetzung der gesetzlichen Zinstaxe, während der thatsächliche Zinsfuss in stetem Steigen begriffen war (Justinian).

Als das römische Weltreich zerfiel, stand der Handel der ganzen damaligen Kulturwelt, von dem fernen Osten abgesehen, unter dem vorhin charakterisirten römischen Weltrecht. Aber ein nicht unbeträchtlicher Theil dieses Rechts ist in die Justinianische Kodifikation nicht übergegangen, ein anderer durch abstrakte Behandlung verdeckt und schwer erkennbar (z. B. hinsichtlich der commenda, des Wechsels, der Orderklausel etc.). Für dieses versteckte, insbesondere aber für das in der örtlichen und provinziellen Praxis fortlebende römische bezw.

hellenische Recht mag man den Namen »Vulgarrecht« brauchen. (Vgl. meine Universalgesch., S. 90—94 und das soeben erschienene bedeutende Werk von L. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, Leipzig 1891.)

3. Das Handelsrecht im Mittelalter.

Mit dem Untergang des weströmischen Kaiserreichs, der immer schärferen Scheidung von Abend- und Morgenland (Islam, arabische Herrschaft), der neuen germanischen Staatenbildung, der germanischen Kolonisation des Ostens verliert der Welthandel seinen einheitlichen Charakter. Wenngleich in gewissen Richtungen sich sein Gebiet erweitert (insbesondere nach Nordosten), so verengt sich doch sein Umfang, gehen die Leistungen von Handel und Schiffahrt zurück, vergröbert sich das Verkehrsrecht und zersplittert sich in enge, zum Theil sehr beschränkte Herrschaftsgebiete. Nur allmälig gelangt es mittelst gesteigerter Wiederaufnahme antiker Elemente und durch Ausbildung universalen Handelsgebrauchs zur grösseren Einheit, im Widerstreit mit kirchlicher Weltanschauung zu freier Vollentfaltung.

1. Bis in das 12. Jahrhundert bleibt das byzantinische Reich Träger des orientalisch-europäischen Welthandels, jedoch unter wachsender, siegreicher Konkurrenz der Araber, welche eine neue, auf Eroberung, Glauben und Handel gebaute Weltherrschaft über nahezu den ganzen Orient aufrichten, ja Jahrhunderte hindurch einen erheblichen Theil der westlichen Mittelmeerländer unterwerfen. Ihre Münze ist zeitweise Weltmünze, zahlreiche arabische Bezeichnungen von Handelsinstituten und Waaren (Arsenal, Magazin, Karawane, Sensal, zecca — Safran, Kaffee, Juwel, Kattun, Atlas etc.) sind in die europäischen Sprachen übergegangen. Eine Welterrungenschaft bildet das indisch-arabische Zahlensystem, welches zu Anfang des 13. Jahrhunderts (Lionardo Fibonacci) im Abendlande bekannt wird. Auch das reich ausgebildete Verkehrsrecht des Islam mag die abendländische Rechtsbildung beeinflusst haben; doch liegt die Annahme näher, dass die Araber die im Verkehr noch fortlebenden Rechtsinstitute des römischen Weltreichs recipirt, vielleicht auch weiter verbreitet haben.

Das byzantinische Reich ist, nach vorübergehenden Versuchen selbstständiger Fortentwicklung des Rechts, in der Hauptsache bei dem justinianischen Recht (Basiliken 886—911) verblieben. Der sog. νόμος Ῥοδίων ναυτικός, das pseudorhodische Seerecht (Pardessus, Collection de lois maritimes I, p. 231 bis 251, Basilika lib. 60 [ed. Heimbach] t. V, p. 119—127) ist aus justinianischen Quellen und lokalen oder provinziellen Satzungen bezw. Gebräuchen des östlichen Mittelmeeres zusammengestellt, nach Annahme Zachariae's im 8. Jahrhundert als Kaisergesetz erlassen, nach Form und Inhalt ein mittelalterliches Seerecht, welches dem gesunkenen Stande von Seeschiffahrt und Rechtskunst entspricht.

2. Die germanischen Stämme treiben dürftigen Binnenhandel, noch überwiegend Tauschhandel; nur von einzelnen Seevölkern, insbesondere den Nordgermanen (Skandinaviern) und den Friesen, ist Antheil an dem Welthandel bezeugt. Nur in hartem Kampfe mittelst straffen genossenschaftlichen Zusammenschliessens gelangen, neben den gemeinfreien und ritterlichen Grundbesitzern, Handel und Handwerk in den neu aufblühenden Städten zur selbstständigen Stellung. In wachsendem Maasse erringen Grosshändler und Grossindustrielle, vornehmlich in monopolistischen Kaufgilden oder Hansen, dann auch die kleineren Handelsleute und Handwerker in ihren Zünften und Innungen die Verkehrspolizei, Gerichtsbarkeit, Selbstverwaltung. Wenn in älterer Zeit überwiegend römische Provinzialen, Syrer, eingewanderte und umherziehende Italiener (»Lombarden«), Stifter, Klöster, kirchliche Orden und Weltgeistliche, endlich die trotz ihrer gesteigerten Schutz- und Rechtlosigkeit in wachsendem Maasse sich ausbreitenden Juden die Träger von Handel und Industrie sind, so bildet sich allmälig ein selbstständiger, aus Freien bestehender germanischer Handelsstand und seit dem 12. Jahrhundert eine neue geldwirthschaftliche Organisation der freien gewerblichen Arbeit. So in der städtischen Marktgenossenschaft, deren »Kaufmannsrecht« auch auf Nichtgewerbetreibende erstreckt wird; in den Innungen und Zünften der Handwerker; in den Gilden oder Hansen, welche namentlich im überseeischen Auslande als wagende Handelsgenossenschaften auftreten, ein wachsendes Kolonial- oder doch Faktorei-System begründen und mit Erfolg den zahllosen Hinderungen und Bedrückungen des Handels,

namentlich der Fremden, entgegentreten. War der fest geordnete Grosshandel der Römerzeit zerfallen, der Kredit-, ja nahezu der geldwirthschaftliche Verkehr verkümmert, waren die sicheren Handelswege der alten Zeit zu erheblichem Theile abgeschnitten, Wirthschaft und Recht territorial und lokal zersplittert, so bilden sich doch die schöpferischen Keime einer grossen, in Wirthschaft und Recht das Alterthum schliesslich überflügelnden Zukunft. Der rohere, aber kräftig vorstrebende Kleinbetrieb in Handel und Handwerk, die Arbeit der in mannigfaltigen genossenschaftlichen Bildungen gegliederten Freien und der durch freien Dienstvertrag wie durch die Korporationsverfassung ihnen verbundenen Hilfspersonen ist an die Stelle des kapitalistischen Grossbetriebs der alten Welt getreten; es bilden sich zahlreiche Hilfsgeschäfte des Handels zu selbstständigen Verkehrs- und Rechtsinstituten aus; der früher verdeckte Gegensatz des Platz- und Distanzhandels, des Eigen- und Kommissionshandels gewinnt an Bedeutung.

Das Recht dieses neuen Verkehrs ist überwiegend Gewohnheitsrecht, die verkehrspolizeiliche Gesetzgebung der karolingischen Könige (Capitularia) verkümmert bald. Trägt schon das neue städtische Recht der »Bürger«, das ius fori = ius mercatorum, Kauffleutrecht, welches von Stadt zu Stadt übertragen wird, die merkantile Signatur, so erzeugen gleiche Bedürfnisse, das wachsende Netz der »gefreiten und befriedeten« Märkte und Messen, der Handelsverträge und Handelsniederlassungen ein nahezu gemeinsames Recht, zuvörderst der Mittelmeerländer. Der juristisch geschultere romanische Geist, das früh ausgebildete Institut der Notariatsurkunden mit ihren typischen, formularmässigen Festsetzungen, die ausgedehnte Jurisdiktion der Innungsgerichte führen hier zu genauer und vielfach gleichmässiger, fast gesetzlicher Fixirung. Allein auch hier, vornehmlich in Frankreich, erhalten sich germanische Rechtsanschauungen lebendig und gelangen in den unter römischer Zucht ausgebildeten Rechtsinstituten zur Entfaltung. (Die Nachweise in m e i n e r Universalgeschichte S. 131—137.)

3. Gegen den aufblühenden Handel und Kreditverkehr verhält sich das Recht der r ö m i s c h e n K i r c h e wesentlich negativ. Das leitende Prinzip der kirchlichen, immer schärfer zugespitzten »Wuchertheorie« besteht wesentlich darin, dass das Geldkapital unproduktiv ist und sein soll, daher das Zinsen-

nehmen in Darlehen und sonstigen Kreditgeschäften prinzipiell unstatthaft, aller Gelderwerb »ohne rechte Arbeit« sündhaft oder doch mindestens verdächtig, »Preisgerechtigkeit« überall zu erzielen.

Weit über sein berechtigtes Ziel hinausschiessend, scheiterte dieses kühne und konsequente System kirchlicher Verkehrsbevormundung an dem Schwergewicht der wirklichen wirthschaftlichen Interessen. Die praktische Folge des Zinsverbotes bestand nur darin, dass der ohnehin naturgemäss hohe Zinsfuss sich erheblich steigerte und eine in periodischer Plünderung der »Wucherer« (insbesondere der »Lombarden« und der Juden) gipfelnde Verwirrung aller wirthschaftlichen und Rechtsbegriffe sich über das Mittelalter hinaus behauptet hat. Auf die Ausbildung des Handelsrechts hat die kirchliche Doktrin und Praxis keinen wesentlichen Einfluss geübt. Die gegentheilige, insbesondere von Endemann verfochtene Ansicht wird dadurch widerlegt, dass sich im Gesammtgebiet des neueren Handelsrechts kein praktischer Rechtssatz nachweisen lässt, welcher jener Kirchenlehre seine Entstehung verdankt oder auch nur in seiner Entwickelung durch die Kirche beeinflusst wäre. Und wenngleich einzelne Rechtsinstitute unter der Ungunst der Kirchenlehre verkünstelte Gestaltungen annahmen, wie das Handelsdarlehn und das verzinsliche Deposit, so ist doch sogar hier die endliche, wenngleich nur widerwillige Anerkennung nicht ausgeblieben. Nur darf nicht übersehen werden, dass auch das weltliche Verkehrsrecht des Mittelalters auf Zwang und Kontrole beruht, freilich nicht nach kirchlichen Gesichtspunkten kirchlicher Oberen, sondern nach Auffassung der Berufs- und Standesgenossen. Aus eigensten Bedürfnissen und Anschauungen heraus hat der mittelalterliche Kaufmannsstand sein Recht gebildet.

4. Das zunächst lokale Handelsgewohnheitsrecht der romanischen Städte wurde durch die in typischer Form von Notaren geschlossenen Rechtsgeschäfte (Notariatsurkunden) entwickelt und befestigt; durch Statuten der Stadtgemeinden — unter denen das constitutum usus von Pisa, um 1161 redigirt, den vornehmsten Platz behauptet — und der gewerblichen Innungen zum erheblichen Theil kodificirt; durch zünftige und staatliche Rechtspflege, im internationalen Verkehr durch Handels- und Schiffahrtsverträge fortgebildet. Nur dies sind

die sicheren und unmittelbaren Erkenntnissquellen des neuen Gewohnheitsrechts; die meist jüngere Literatur, insbesondere die theologisch-kanonistische, gibt nur ein eigenthümlich gefärbtes Spiegelbild.

Unter den gewerblichen Innungen pflegt die Kaufmannsinnung die erste Stelle einzunehmen; mitunter, z. B. in Pisa, bilden die Grosshändler zur See und die Rheder einen besonderen Verband, desgleichen finden sich häufig besondere Innungen der Bankiers (bancherii, campsores), der Tuchhändler und Tuchfabrikanten (ars lanae) u. A. m. In einzelnen Städten begegnen Gesammtverbände vieler Innungen (in Pisa, später in Florenz die universitas mercatorum oder mercanzia u. s. f.). Die Statuten der Kaufmannsinnung oder Innungen (statuta mercatorum), welche überwiegend erst seit dem Ende des 13. Jahrhunderts redigirt sind, enthalten ursprünglich in der Hauptsache gewerbepolizeiliche und prozessuale Satzungen, haben aber allmälig in wachsendem Umfange auch Privatrechtssätze aufgenommen und werden so nahezu Kodifikationen des partikulären Handels- und Gewerberechts, z. B. in Florenz, Bologna, Siena (meine Universalgeschichte S. 166—169).

Polizei und Rechtspflege pflegt bei den Innungsvorstehern (consules und dergl.) zu stehen, unter Ausschluss oder unter elektiver Konkurrenz mit dem ordentlichen (städtischen) Gericht. Bei überwiegender disciplinärer und gewerbepolizeilicher Gerichtsbarkeit werden doch auch die privatrechtlichen Streitigkeiten mindestens unter den Innungsgenossen, vielfach darüber hinaus, der Kognition des Innungsgerichts unterstellt (Innungssache, Handelssache, causa mercantilis); die Jurisdiktionsgrenzen schwanken, sogar innerhalb der einzelnen Stadtgemeinden, nach politischen und anderweitigen Wandelungen (mein Handbuch I², S. 42 und 43). Das Verfahren dieser keineswegs als »Handelsgerichte« eingesetzten, wenngleich auch als solche fungirenden Innungsgerichte ist summarisch und zeigt zahlreiche, einerseits auf Schleunigkeit der Entscheidung, andererseits auf freie Wahrheitsermittelung berechnete Eigenthümlichkeiten.

Zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten auf der Fahrt der in Convoy segelnden Handelsschiffe und während des vorübergehenden Aufenthaltes in der Fremde dienen die »Reisekonsuln«; für auswärtige Faktoreien die von den Mitgliedern

der Faktorei gewählten oder von der Obrigkeit der Heimat bestellten ständigen Konsuln, mitunter besteht auch ein Generalkonsulat (z. B. das Venetianer und das Pisaner in Syrien).

Besondere Seegerichte (consulatus maris) begegnen theils als Administrativbehörde und Gericht einer Seehandelsgilde (so in Pisa, Valencia, ursprünglich wohl auch in Genua und Barcelona), theils als Staatsbehörde (z. B. 1347 in Barcelona).

Theilweise aus der Rechtsprechung der Seegerichte sind besondere Seerechte hervorgegangen: Venedig 1255, Amalfi (tabula Amalfitana — vermuthlich dem 13. und 14. Jahrhundert angehörig), Trani (1363?, es wird behauptet 1063, 1183, 1453), Barcelona (costums de la mar, 13. Jahrhundert, später genannt libro de consolat del mar, in letzter Redaktion um 1370), Ancona (spätestens 1397), Oléron bei La Rochelle (vielleicht cchon aus dem 12. Jahrhundert). Anderswo bildet das Seerecht einen Theil des Statuts der Seehandelsgilde (Pisa: breve curiae maris 1305, breve dell' ordine di mare 1332) oder des Stadtrechts (z. B. in Genua 13. und 14. Jahrhundert, Marseille 1255).

In den Kolonialstaaten gilt durchgehends das besonders kodificirte Recht der Mutterstadt, z. B. genuesisches Recht in Pera (Galata): magnum volumen Peyre 1316, und in der Krim (Gazaria): imposicio officii Gazariae 1313—1441; pisanisches Recht in Sardinien: breve portus Kallaretani 1318.

Daneben finden sich endlich zahlreiche Einzelgesetze, wie Mäklerordnungen (z. B. Barcelona 1271), Handelsprozessgesetze (z. B. Valencia zwischen 1336/43), Versicherungsgesetze (z. B. Barcelona 1435—1484) u. A. m.

5. Eine Rechtsgemeinschaft der italienischen oder sonstigen romanischen Kaufleute verschiedener Handelsplätze im Auslande findet sich nur ausnahmsweise. Vornehmlich in Frankreich auf den Messen der Champagne besteht seit dem Ausgange des 13. und im Laufe des 14. Jahrhunderts eine Verbindung der provençalischen Handelsstädte und eine noch bedeutsamere universitas mercatorum Lombardorum et Tuscanorum unter einem Generalkapitän, welcher den Specialkonsuln der einzelnen zum Verbande gehörigen Städte und Innungen übergeordnet ist (meine Universalgesch. S. 193—200). Die Champagnemessen aber sind seit dem 12. Jahrhundert die Mittelpunkte des Waaren- und Geldverkehrs für das ganze

westliche Europa; auf sie werden Geldverpflichtungen aller Art abgestellt, die Champagner Messplätze sind europäische Wechseldomizile. Und da die sechs Jahresmessen der vier Messplätze (Lagny sur Marne [1], Bar sur Aube [1], Provins [2], Troyes [2]), eine jede über sechs Wochen während und in etwa zweimonatlichen Zwischenräumen aufeinanderfolgend, nahezu das ganze Jahr ausfüllten, so war die Champagne ein gleichsam ständiger Mess- und Zahlungsplatz. Die hier kontrahirten Schulden unterlagen der ausschliesslichen Jurisdiktion des Messgerichts, genossen stillschweigende Hypothek und unbedingten Vorzug vor sonstigen Schulden, wurden im schleunigen Verfahren abgeurtheilt und mit äusserster Strenge durch Personalhaft exequirt. Polizei und Gerichtsbarkeit der Messen wurden von der landesherrlich bestellten Messbehörde gehandhabt, den maîtres oder gardes des foires (custodes nundinarum); Berufung geschah an das Obergericht der Champagne oder an das Pariser Parlament. Gegen Schuldner, welche sich dem Gerichtszwang entzogen, erging Exekutionsmandat der Messbehörde mittelst Befehls bezw. Requisition an das Heimathsgericht, unter Androhung des Messbannes, dessen Vollstreckung für alle Angehörigen der betreffenden Stadt oder des betreffenden Staates den Ausschluss von der Messe nach sich zog. Die Messbehörde bildete so eine Centralbehörde, von welcher Kaufleute aller Nationen Schutz gegen Vertragsbruch und sonstige Rechtsverletzungen erlangten.

Mit dem Verfall der Champagnemessen seit der Mitte des 14. Jahrhunderts wurde das strenge Messrecht auf neu errichtete Messen übertragen, insbesondere auf die zuerst 1419 errichteten, 1494 definitiv geordneten Messen von Lyon, deren Blüthe dem 16. und 17. Jahrhundert angehört. Nunmehr ist Lyon der Hauptbank- und Zahlplatz des westlichen Europa, doch wird das ursprüngliche Messgericht später zum allgemeinen, hochprivilegirten Handelsgericht (»tribunal de conservation«). (Meine Universalgeschichte S. 224—237 und meine Abhandlung, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 40, S. 1 ff.)

6. Das so entwickelte romanische Handelsrecht lehnt sich zum erheblichen Theil an römische Satzungen und römisch-griechisches »Vulgarrecht« an; insbesondere findet, mit der allmäligen Wiederannäherung des mittelalterlichen Handelsbetriebes an den kapitalistischen Grossbetrieb der römischen

Kaiserzeit, das klassische römische Recht umfassende Anwendung, aber ergänzt und modificirt durch neue fruchtbare Rechtsbildungen, während die dem Grosshandel ungeeigneten Satzungen der späteren römischen Kaiserzeit zum erheblichen Theile ausgestossen werden. Die neuen Rechtsschöpfungen der romanischen, insbesondere der italienischen Kaufmannswelt zeugen von hoher wirthschaftlicher Einsicht, genialer Rechtsbegabung und sicherer praktischer Schulung, sie stehen ebenbürtig neben den ewigen Schöpfungen der klassischen römischen Jurisprudenz. Es genügt der Hinweis auf die differentiirten Gesellschaftsformen: der commenda, aus welcher wie die heutige Kommandit- und stille Gesellschaft, so wesentlich das heutige Kommissionsgeschäft hervorgegangen ist — der offenen Handelsgesellschaft — des Aktienvereins; auf die sich mehr dem hellenischen Recht anschliessende, unter der Einwirkung formalen germanischen Urkundenrechts entwickelte Ausbildung der Werthpapiere, insbesondere der Order- und Inhaberpapiere; auf das Kredit- und Zahlungsgeschäft insbesondere des Bankverkehrs, welches nahezu in seiner heutigen Gestalt vollentwickelt ist. Für den Seeverkehr ist, neben dem allmälig durchdringenden reifen römischen Recht auch mancher wichtige neue Rechtssatz, z. B. hinsichtlich der Haftung des Rheders, hinsichtlich der Rhederei, des Frachtgeschäfts, vornehmlich durch die Ausbildung des Konnossements, zur Geltung gelangt. Aus dem antiken Seedarlehn hat sich auf der einen Seite die Prämienassekuranz, auf der andern Seite die schriftliche Geldrimesse herausgebildet, welche zunächst in Form des domizilirten Eigenwechsels, seit dem Ausgange des 14. Jahrhunderts insbesondere in Form der Tratte (namentlich Messtratte) zum wichtigsten Werkzeug des interlokalen wie internationalen geldwirthschaftlichen Kreditverkehrs wird und bereits in den Kaufmannsstatuten von Bologna 1509 eine umfassende statutarische Regelung findet. (Ueber all dies im Einzelnen meine Universalgeschichte S. 237—465, wo auch die Specialliteratur angeführt ist.)

7. Das romanische Handelsrecht wird in der Hauptsache auch im östlichen und nördlichen Europa recipirt. Diese Reception hat allmälig seit Ausgang des Mittelalters stattgefunden, theils direkt im internationalen Handelsgebrauch, theils unter dem Einfluss der überall verbreiteten italienischen

Kaufleute und der romanischen Literatur. Aus den Entscheidungen der italienischen Gerichte, insbesondere der rota Genuae, aus den italienischen Schriftstellern des 16., 17., 18. Jahrhunderts: Stracca, Scaccia, Rafael de Turri, Cardinalis de Luca, Roccus, Ansaldus, Casaregis schöpfte überall die gelehrte Doktrin und Praxis. Man sehe z. B. den tractatus de iure commerciorum des Lübecker Bürgermeisters Joh. Marquard 1662. Denn der neue geldwirthschaftliche Kreditverkehr findet in diesem romanischen Rechte seine entsprechendste Regelung, und das dürftigere, wie überall partikular zersplitterte einheimische, insbesondere das deutsche Recht unterliegt, wie dem reicheren und universalen römischen Civilrecht, so auch dem durch die gleichen Eigenschaften ausgezeichneten Handelsrecht der Mittelmeerstaaten. Namentlich lässt sich in Flandern und Brabant, wo Brügge, später Antwerpen Mittelpunkte eines umfassenden europäischen Verkehrs bilden, bereits im 15. Jahrhundert das wachsende Eindringen des italienischen Rechts verfolgen, wie auf der anderen Seite insbesondere die seit dem 13. Jahrhundert festgeordnete, vorwiegend oberdeutsche Faktorei in Venedig, das Kauf- und Lagerhaus der Deutschen (fondaco dei Tedeschi), die Kenntniss des italienischen Handelsgebrauchs vermittelt. (Thomas, Das Kapitular des Deutschen Hauses in Venedig, 1874. Simonsfeld, Der fondaco dei Tedeschi in Venedig, 2 Bde., 1887.) Das überreiche Material des niederländisch-belgischen, deutschen, englischen, skandinavischen Statutar-, Gesetzes- und Urkundenrechts, die Masse der Zunftrollen und Gildestatuten zeigt zwar bedeutsame Ansätze zu selbstständiger Ausbildung des Handelsrechts, doch findet sich nur Weniges darin, was die Reception des romanischen Handelsrechts überdauert und so zur universalen Geltung gelangt ist. Ueberall war die Innungsgerichtsbarkeit dürftiger entwickelt als in Italien, der Umfang autonomer Rechtsbildung ein weitaus geringerer. (Man vgl. z. B. Pauli, Lübeckische Zustände im Mittelalter, I.—III., 1846/78. Th. Hirsch, Danzig's Handels- und Gewerbsgeschichte, 1858. Neumann, Beilageheft zur Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht, Bd. VII. Gengler, Deutsche Stadtrechtsalterthümer, 1882. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865. Ferner die Specialwerke, z. B. über Basel [Geering], Strassburg [Schmoller] u. v. A. J. Falke, Geschichte des deutschen Handels I, II, 1859/60.)

Sogar der mächtige Bund der deutschen Hanse, wie hoch auch seine politische und wirthschaftliche Bedeutung vornehmlich für das nördliche Europa Jahrhunderte hindurch gewesen ist, hat doch in seinen Rechtssatzungen, insbesondere den Recessen der Hansetage, den Statuten der hansischen Kontore u. A. m. nur wenige dauernde Schöpfungen hervorgebracht. (Vgl. Sartorius-Lappenberg, Urkundliche Geschichte des Ursprungs der deutschen Hanse, 1830, 2 Bde., insbesondere die Publikationen seit 1872: Hanserecesse, in 3 Abtheilungen [1256—1430; 1431—1476; 1477—1530], bisher 16 Bde. Höhlbaum, Hansisches Urkundenbuch, bisher 3 Bde., 1876/86. Hansische Geschichtsblätter seit 1872. D. Schäfer, Die Hansestädte und König Waldemar von Dänemark, 1879 u. v. A.) Nur das Seerecht zeigt wichtige Eigenthümlichkeiten, welche sich über das Mittelalter hinaus behauptet haben: eine kodificirende Zusammenfassung enthält der Recess von 1591, revidirt als: Der Ehrsamen Hansestädte Schiffsordnung und Seerecht 1614. Das »Waterrecht«, d. h. die den Namen des Wisby'schen Seerechts tragende, zuerst 1505 in dem gegenwärtigen Umfange publicirte Kompilation (am besten Schlyter, Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui vol. VIII: Wisby stadslag och sjörätt, Lund 1853) ist in ihrem ersten Haupttheile dem Seerecht von Oléron entlehnt, in ihrem zweiten Haupttheile auf der Grundlage des ersten, wahrscheinlich 1407 zu Amsterdam für das hansische Kontor zu Brügge festgestellt, endlich durch mancherlei Zusätze, insbesondere aus dem lübisch-hamburgischen Rechte erweitert.

4. Das Handelsrecht der neueren Zeit.

1. In Folge der Entdeckung des Seeweges nach Indien und der neuen Welttheile, des Vordringens der osmanischen (türkischen) Macht, der spanischen Herrschaft über einen Theil Italiens und der südlichen Niederlande, der politischen und wirthschaftlichen Centralisation der mittel- und nordeuropäischen Staaten mit Ausnahme Deutschlands geht die Seeherrschaft von Italien und Deutschland zeitweise auf die Staaten am Altlantischen Ocean über. Die neuen Welttheile, später Indien und beträchtliche Gebiete Nord- und Ostasiens werden europäische Kolonialstaaten, an denen Italien und Deutschland,

trotz anfänglichen Mitbewerbs im indischen Handel, keinen Antheil haben. Die Besitzer der neu entdeckten oder zugänglicher gewordenen Kontinente, Portugal und Spanien, demnächst die nach glorreichem Befreiungskampfe zu hoher wirthschaftlicher und Kulturblüthe aufsteigenden nördlichen Niederlande monopolisiren den Kolonialhandel; insbesondere wird Amsterdam der Hauptmarkt wie der ostindischen so der nordischen Waaren, im 17. Jahrhundert der europäische Geldmarkt; seine Börse nimmt, wie heute die Londoner, eine weltbeherrschende Stellung ein. Mit Cromwell, dauernd seit dem 18. Jahrhundert, beginnt die industrielle und maritime Vorherrschaft Englands, welchem im 19. Jahrhundert rivalisirend der grosse nordamerikanische Freistaat zur Seite tritt. Frankreich gelangt seit Heinrich IV. durch glückliche Eroberungskriege und geschickte, vielfach vorbildliche Verwaltung (Sully, Richelieu, Colbert) zu wirthschaftlicher Blüthe, während seine Kolonialpolitik ohne dauernde Erfolge bleibt. Deutschland strebt nach dem tiefen wirthschaftlichen Niedergang, welcher sich vornehmlich an den furchtbaren Dreissigjährigen Krieg knüpfte, zunächst in seinen Einzelstaaten, vor allen in Brandenburg-Preussen, wieder empor; aber erst in dem Zollverein (1833) ward es zum grösseren Theile wirthschaftlich, in dem Deutschen Reiche (1870/71) wirthschaftlich wie politisch voll geeinigt. Endlich hat auch Italien die im Mittelalter stets vergeblich angestrebte staatliche Einheit in dem letzten Menschenalter erreicht.

2. Wenn die Entdeckung und leichtere Zugänglichkeit der entfernteren Welttheile eine unermessliche Zunahme der Waarenmenge (Kolonialwaaren, wie Kaffee, Thee, Zucker, Baumwolle u. dgl.), die gesteigerte industrielle Thätigkeit das gewaltige Anwachsen der Industrieerzeugnisse hervorruft, so entspricht die gleichfalls erheblich gewachsene Gold- und Silberproduktion doch nicht annähernd dem Bedürfniss an Zahlungsmitteln. So gelangt der Metallgeld sparende Kreditverkehr zu seiner vollen Ausbildung; seine Werkzeuge sind der sich insbesondere durch das Giro vervollkommnende Wechsel nebst den anderweitigen Geldpapieren (Banknoten, Checks, Anlehenspapieren) und der sinnreiche Mechanismus der Abrechnungsoperationen. Bank-, Assekuranzgeschäft, Kolonialhandel, in wachsendem Umfang betrieben, erfordern die volle Durchbildung des Systems

der beschränkten Haftung, wie es in den Aktienvereinen, den Kommandit- und Aktienkommanditgesellschaften zu Tage tritt. Das immer mehr verknöchernde und zur Lösung wirthschaftlicher Aufgaben unfähige Zunftwesen wird zuerst in England gebrochen, später in Frankreich und dem übrigen Europa, aber die den Selbstständigkeitstrieb erstickende, wenngleich energisch reformirende Staatspolizei (Schmoller, Jahrb. für Volkswirthschaft, VIII) vermag auf die Dauer die Wiederbelebung genossenschaftlicher Organisation (insbesondere englisch-deutsche Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften) nicht zu hindern.

Wachsende finanzielle Bedürfnisse der Staaten, Gemeinden, Aktienvereine führen zur Vervollkommnung der Anlehenssysteme; Aktienbriefe und Anlehenspapiere werden Objekt der Kapitalanlage wie des handelsmässigen Umsatzes, und es bildet sich der neue Geschäftszweig des sog. Papier- oder Effektenhandels mit originellen, später auch auf den Waarenhandel übertragenen Geschäftsformen, schon früh zur Agiotage (Börsenspiel) ausartend. Der Gegensatz des Platz- und des Distanzgeschäfts in Abschluss und Erfüllung bildet sich zufolge der gesteigerten Kommunikationsmittel schärfer heraus. Neben und zum Theil an Stelle der vorübergehenden Märkte und Messen treten die Börsen als ständige Mittelpunkte des Grosshandels und Regulatoren der möglichst nivellirten Marktpreise. Endlich tritt neben die sich vervollkommnende Schiffahrt (Dampfschiff, Eisenbau etc.) ebenbürtig der Grossbetrieb des Landtransports (Eisenbahnverkehr) und des Nachrichtenverkehrs (Post, Telegraphie, Telephonie).

3. Mit den Fortschritten des Wirthschaftslebens hält die Entwicklung des Handelsrechts nicht immer gleichen Schritt. Denn die gewohnheitliche Rechtsbildung war vielfach eingeengt durch verkehrte Anschauungen über das Gewohnheitsrecht, durch die Unkenntniss der gelehrten Gerichte, welche nun in steigendem Maasse mit der Rechtsprechung auch in Handelssachen betraut sind, durch reglementirende und immer mehr sich territorial abschliessende Gesetzgebung, welche zur Abschwächung der universalen Rechtsbildung führt. Immerhin haben selbst die Kodifikationen, welche das bisherige gemeine Recht und Gewohnheitsrecht völlig ausschlossen, auf die Dauer die naturgemäss kosmopolitische Entwicklung des

Handelsrechts nicht verhindert, indem das fremde Gesetz vielfach vorbildlich benutzt oder gar kopirt und so mittelst gegenseitiger Entlehnung ein Stamm gemeinsamen Rechts geschaffen wurde.

Am wenigsten hat England nebst seinen Kolonialstaaten, insbesondere auch den Vereinigten Staaten von Amerika, die handelsrechtliche Kodifikation begünstigt; den Grundstock des Handelsrechts bildet hier noch immer das als Theil des common law geltende, in der Praxis der Obergerichte anerkannte Handelsgewohnheitsrecht (law merchant, lex mercatoria), wenngleich die Zahl wie der Umfang der Handelsgesetze (statutes) in stetem Wachsen begriffen ist, und in den amerikanischen Einzelstaaten vielfach eine höchst umfassende Handelsgesetzgebung besteht.

Wenn aber bereits die revidirten Kaufmannsstatuten der italienischen und spanischen Handelsstädte eine nahezu erschöpfende Fixirung des Handelsrechts anstreben, so wurde das gleiche Ziel für ein grosses Staatsgebiet insbesondere in Frankreich seit dem 17. Jahrhundert verfolgt. Mit den beiden berühmten Handelsgesetzen, der Ordonnance du commerce 1673 und der Ordonnance de la marine 1681 tritt dasselbe an die Spitze, zwar nicht der Entwicklung des Handels, aber doch des Handelsrechts; wesentlich auf ihnen beruht der noch jetzt geltende code de commerce von 1807, welcher für einen grossen Theil der civilisirten Welt direkt oder indirekt zur Herrschaft gelangt ist. An die beiden ersterwähnten Gesetze schliesst sich auch die revidirte Handelsordnung von Bilbao von 1737, die Grundlage des späteren spanischen Handelsrechts.

In den deutschen Territorien bestanden die zahlreichsten Stadt- und Landrechte wie Einzelgesetze verschiedenster Benennung und Inhalts: Markt-, Mess-, Börsen-, Merkantil-, Prokuren-, Firmen-, Wechselordnungen, Seegesetze etc. Der preussische Staat erhielt gemeinsames Recht in der Wechselordnung von 1751, der Assekuranz- und Havereiordnung 1766; ein erstes, unter überwiegendem Einfluss hamburgischer Kaufleute und Juristen verfasstes, vollständiges kodificirtes Handelsrecht als Theil des Allgemeinen Landrechts von 1794: II. 8 §§ 475—2464, welchem dann als erstes selbstständiges Handelsgesetzbuch der französische Code de commerce folgte und alsbald auch in zahlreichen Theilen Deutschlands gesetzliche Aufnahme fand.

4. Der unleidlichen, immer tiefer empfundenen Rechtszersplitterung haben für Deutschland abgeholfen: die vortreffliche Allgemeine Deutsche Wechselordnung, verfasst 1847, nebst den ergänzenden und modificirenden sog. Nürnberger Novellen, verfasst 1861; das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, verfasst 1857—1861; die Bundes- bezw. Reichsgesetze, welche diese ursprünglich partikulär eingeführten Gesetzbücher zum Bundes- bezw. Reichsrecht erhoben und dessen einheitliche Anwendung garantirt haben (Gesetz vom 5. Juni und 12. Juni 1869); endlich zahlreiche ergänzende, theilweise abändernde Reichsgesetze (zusammengestellt mit den beiden Gesetzbüchern z. B. in der Ausgabe von Schröder, 7. Aufl. 1891; Friedberg 1890 [3. Aufl. 1894]).

5. Neben diesem so kodificirten Deutschen Handelsrecht, welches, mit Ausschluss des Seerechts, wenig modificirt auch in den cisleithanischen Theilen der österreichischen Monarchie gilt, bestehen zur Zeit folgende Rechtsgebiete:

Das Gebiet des englischen (bezw. nordamerikanischen) Rechts — von welchem das schottische Recht wesentlich abweicht; Gesetzbücher bestehen in einzelnen Kolonien, z. B. in Malta (1857) und Niederkanada (1866).

Das Gebiet des französischen Handelsrechts, zu welchem, nach französischer Auffassung, auch das Konkursrecht gehört. Der jetzt in der Hauptsache veraltete code de commerce ist durch zahlreiche neue Gesetze sehr erheblich ergänzt und modificirt — eine Revision des ganzen Societätsrechts ist im Gange. Er gilt noch gegenwärtig im Königreich Polen und in Luxemburg; ist wenig verändert übergegangen in die Handelsgesetzbücher von Griechenland, der ionischen Inseln, des Fürstenthums Monaco, der Türkei und Egyptens, San Domingos und Haitis, früher auch Rumäniens (1841 bezw. 1863); er bildet endlich die Hauptgrundlage des Holländischen Handelsgesetzbuches (1838), obwohl dasselbe im See- und Versicherungsrecht mehr dem älteren einheimischen Recht folgt (für Handelspapiere, insbesondere Wechsel, ist ein Gesetzentwurf auf deutscher Grundlage ausgearbeitet, 1886), sowie der zahlreichen älteren Handelsgesetzbücher der italienischen Einzelstaaten und noch des gemeinsamen italienischen Handelsgesetzbuchs von 1865.

Das Gebiet des spanisch-portugiesischen Handels-

rechts. Mutterrechte sind das spanische Gesetzbuch von 1829 und das sehr originelle portugiesische von 1833, beide stark beeinflusst vom älteren einheimischen wie französischen Recht; Tochterrechte sind die Gesetzbücher der spanischen und portugiesischen Kolonialstaaten Amerikas, nämlich von Brasilien (1850), La Plata-Staaten und Argentinien (1869, 1862, jetzt neu 1889), Peru (1853), Chile (1865) u. a. m., zuletzt Mexiko (1857, jetzt neu 1889). In allen diesen Staaten ist die frühere Geltung der Ordenanzas von Bilbao beseitigt; einzelne haben wieder von einander ihr Gesetzbuch entlehnt, z. B. Uruguay (Montevideo) und Paraguay von Argentinien, Honduras von Chile.

Das Gebiet des französisch-deutschen Handelsrechts, d. h. Gesetzbücher auf wesentlich französischer Grundlage, aber mehr und minder stark beeinflusst von dem neuen deutschen Recht. So das Gesetzbuch von Serbien (1860), das in den Jahren 1867 ff. allmälig revidirte belgische Handelsgesetzbuch und das neue italienische Handelsgesetzbuch (1882). Das letztere wiederum ist stark benutzt in dem neuen spanischen Handelsgesetzbuch (1885) und ist in der Hauptsache übergegangen in das neue rumänische Handelsgesetzbuch (1887) wie das neue portugiesische Handelsgesetzbuch (1888).

Das Gebiet des modificirten deutschen Handelsrechts, d. h. selbstständige Gesetzbücher, aber wesentlich auf der Grundlage des deutschen Handelsgesetzbuchs und der deutschen Wechselordnung. Dahin gehören das Handelsgesetz für das Königreich Ungarn (1875), desgleichen Wechselgesetz (1876): eine nicht immer glückliche Modifikation der deutschen Gesetzbücher; das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht (1881), welches auch Handelsrecht und Wechselrecht in origineller, aber nicht immer klarer Verbindung mit dem gemeinen Civilrecht enthält; für das Wechselrecht auch die drei skandinavischen Reiche (1880) und Finnland (1859); für das Seerecht einstweilen Schweden (1864, insbesondere 1891), Finnland (1873) — Norwegen und Dänemark werden sich anschliessen, indem ein, in Schweden bereits publicirter gemeinsamer skandinavischer Entwurf vorliegt. Wesentlich das ungarische Handelsgesetz ist adoptirt in dem Handelsgesetzbuch für Bosnien und die Herzegowina (1883).

Das Gebiet des skandinavischen Rechts — sehr verschieden für Schweden einerseits, für Dänemark und Norwegen andererseits, in der Hauptsache nicht kodificirt. Der Einfluss des deutschen Handelsrechts ist im Steigen, in den Materien des Wechselrechts und Seerechts bereits durchgedrungen.

Das Gebiet des russischen Rechts. Das russische Handelsgesetzbuch bildet einen Theil des eine systematische Zusammenstellung älterer Gesetze (Inkorporation, nicht Kodifikation) darstellenden russischen Gesetzkodex (Swod sakónow), welcher in revidirten Ausgaben publicirt wird (zuletzt 1887). (Eine deutsche Uebersetzung des grössten Theils von V. v. Zwingmann, Riga 1889.) Für das Wechselrecht liegt ein 1882 veröffentlichter, 1883 revidirter Entwurf auf deutscher Grundlage vor. Finnland hat, ausser den bereits erwähnten neuen Gesetzen, zum Theil schwedisches Recht; in den Ostseeprovinzen gilt in erster Linie das kodificirte Provinzialrecht (Liv-, esth- und kurländisches Privatrecht 1864): überwiegend deutsches Handelsrecht.

Endlich hat auch Japan ein wesentlich auf deutscher Grundlage verfasstes und publicirtes, aber noch nicht in Kraft getretenes Handelsgesetzbuch erhalten (1890)[1]. —

Die vorstehende Uebersicht zeigt, dass das gesetzlich fixirte oder gar kodificirte Handelsrecht gegenüber dem Handelsgewohnheitsrecht überall im Vordringen ist. Der Umfang des gesetzlichen Handelsrechts ist freilich verschieden. So sind das Verlagsrecht, das Binnenschiffahrtsrecht, das Binnenversicherungsrecht, zahlreiche Bankgeschäfte noch im deutschen Handelsgesetzbuch und dessen reichsgesetzlichen Ergänzungen nicht geregelt, während sie in einzelnen neueren Gesetzbüchern eine mehr oder minder umfassende Normirung gefunden haben und bei der bevorstehenden Revision des deutschen Handelsgesetzbuchs gesetzlich fixirt werden sollen. Während ferner in den Gesetzbüchern auf französischer Grundlage das Konkursrecht, zum Theil auch das Handelsprozessrecht ausführlich geregelt sind, gehört das erstere nach deutscher Anschauung gar nicht dem Handelsrecht an und ist das letztere in der deutschen Gerichtsverfassung und der deutschen Prozessordnung enthalten, während in einzelnen Staaten (z. B. Holland, neuer-

[1] [Inzwischen am 1. Januar 1891 in Kraft getreten, vgl. Zeitschr. XLVII 126.]

dings in Italien und Spanien) die besondere Handelsgerichtsbarkeit völlig beseitigt ist. —

Nicht mehr vollständig ist die Zusammenstellung der Handelsgesetze, welche in nicht immer zuverlässigen Uebersetzungen geben:

S. Borchardt, Vollständige Sammlung der deutschen Wechselgesetze und der ausländischen Wechselgesetze in deutscher Uebersetzung, 2 Bde., 1871. O. Borchardt, Sammlung der seit 1871 publicirten Wechselgesetze mit Uebersetzung und Anmerkungen, 1883, und Nachtrag (das italienische Wechselgesetz), 1883. O. Borchardt, Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs, gesammelt und in's Deutsche übertragen. Erste Abtheilung: Die kodificirten Handelsgesetze, Bd. I, 2. Aufl. 1884, Bd. II—V und Register, 1884/87[1]. Fortlaufende Mittheilungen enthalten die Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt, Laband u. A. (seit 1858) und das Annuaire de législation étrangère, Paris (seit 1872), dazu Annuaire de legislation française, Paris (seit 1882), endlich die Annales de droit commercial français, étranger et international, publiés par E. Thaller Paris (seit 1886).

Mit seiner Gesetzgebung, seiner hervorragenden Doktrin und Praxis (O. A. G. Lübeck, Reichsoberhandelsgericht, Reichsgericht) ist Deutschland seit dem letzten Menschenalter an die Spitze der europäischen Handelsrechtsentwickelung getreten und hat den bis dahin vorherrschenden Einfluss des französischen Rechts erheblich zurückgedrängt. Aber ein einträchtiges Zusammenarbeiten der grossen Kulturnationen ist insbesondere auf diesem Gebiete nothwendig und trägt reiche Früchte. Sogar eine auf vertragsmässiger Regelung beruhende Ausgleichung der noch zahlreichen Rechtsverschiedenheiten wird nicht ohne Erfolg erstrebt, auf diesem Gebiete der alte Traum der Rechtsuniversalität (non erit alia lex Romae, alia Athenis) annähernd zu verwirklichen gesucht. Dahin gehören die internationalen Post- und Telegraphenverträge (zuletzt vereinbart 1891/92); die internationale Meterkonvention (1875), das (noch nicht allseitig ratificirte) internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr (1891); die von der association for the codification of the law of nations und dem institut de

[1] [Sowie 4 Nachträge 1893—1899.]

droit international, sowie zahlreichen anderen Vereinigungen aufgestellten Entwürfe eines gemeinsamen europäischen Wechselrechts, Havereirechts, Seefrachtrechts, welche in den von der belgischen Regierung berufenen internationalen Handelsrechtskongressen zu Antwerpen und Brüssel (1885, 1888) weitere Förderung erfahren haben (Uebersicht: mein Handbuch I², § 38, Georg Cohn, Drei rechtswissenschaftliche Vorträge [1888], III. Meili, Die internationalen Unionen [1889]).

Weniger als je erscheint endlich die von einigen Juristen (in Deutschland namentlich von Endemann [früher] und von Dernburg, in Italien von Vivante und Bolaffio, in Holland von Molengraaff) verfochtene Ansicht sachentsprechend, es müsse die schmerzlich vermisste Einheit des gesammten bürgerlichen Rechts dadurch hergestellt werden, dass das Handelsrecht als besonderer Rechtszweig in dem allgemeinen bürgerlichen Recht aufgehe. Eine solche Unifikation entspricht weder der geschichtlich begründeten relativen Selbstständigkeit des Handelsrechts, noch dem besonderen Bedürfniss des grossen, zumal internationalen Verkehrs, welcher gebieterisch ein seinen eigenthümlichen Zwecken geeignetes Recht erheischt. Auch die immerhin nur in zweiter Linie wichtige Sonderung des Handelsrechts in einem eigenen Gesetzbuch empfiehlt sich aus praktischen Gründen und ist von den legislativen Faktoren Deutschlands einmüthig als unumgänglich anerkannt (s. den Bericht der Vorkommission für das bürgerliche Gesetzbuch und den Beschluss des Bundesrathes 1874 in der Zeitschrift für Handelsrecht XX, S. 134 ff. und meine Universalgeschichte S. 10 ff.). Nur versteht sich, dass mit der Kodifikation des bürgerlichen Rechts manche, nur wegen des Mangels eines gemeinsamen bürgerlichen Rechts in das Handelsgesetzbuch aufgenommenen Rechtssätze, als nunmehr entbehrlich, aus diesem ausgemerzt werden müssen (s. auch Riesser, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs Abt. 1, 2, 1887/89, insbesondere Abt. 2, S. 387 ff.). Im Uebrigen ist es nicht Aufgabe der Gesetzgebung, auf Kosten des obersten Rechtszweckes, welcher eine angemessene Ordnung der Lebensverhältnisse erheischt, eine nur formale Rechtsgleichheit zu schaffen, welche sich als völlig unzureichend erweist, die vielfach auseinandergehenden oder gar widerstreitenden Interessen der menschlichen Gesellschaft gleichmässig zu befriedigen.

3.

ÜBER DIE

BENUTZUNG UND DIE BEDEUTUNG

DER

BERATHUNGSPROTOKOLLE

FÜR DIE

INTERPRETATION

DES

DEUTSCHEN HANDELSGESETZBUCHS.

(1866.)

In seinem gediegenen Kommentar zum Deutschen Handelsgesetzbuch[1] entwickelt Fr. v. Hahn seine Ansichten über die Bedeutung und Benutzung der Berathungsprotokolle der Nürnberger und Hamburger Konferenzen für die Interpretation des Deutschen Handelsgesetzbuchs: Einleitung S. XLIV bis XLVIII [4. Aufl. S. 42—56]. Die gleichen Fragen sind gleichzeitig von mir in meinem Handbuche des Handelsrechts Bd. I S. 222 f. [2. Aufl. S. 312 ff.] und Vorrede S. XI [2. Aufl. S. IX], demnächst ausführlich von Schlesinger (Göttingische Gelehrte Anzeigen 1864 Stück 50 S. 1968—1979) und wiederum von v. Hahn (Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. XII S. 175—178) in Recensionen des letzterwähnten Werkes erörtert worden. — Und zwar stehen sich, was 1. die Frage von der Bedeutung der Protokolle anlangt, am schroffsten Schlesinger's und meine Ansicht gegenüber, während v. Hahn in seinem Kommentar die von mir entwickelte, ihm zur Zeit aber noch nicht bekannte Ansicht mit Gründen bekämpft, welche Schlesinger für nicht zureichend erklärt, dagegen in seiner Recension meines Handbuchs sich den weiter gehenden Gründen Schlesinger's anschliesst. Ich werde demgemäss unterscheiden:

A. Die erste Erörterung v. Hahn's (Kommentar).

B. Die Erörterungen Schlesinger's und die zweite Darstellung v. Hahn's (Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen).

C. Ueber einige Ausführungen v. Hahn's.

---

[1] Ueber Bd. I Abth. 1 s. Zeitschr. VI S. 330. Dass auch die Fortsetzung des Werkes durch gründliche Sachkenntniss, selbstständige Forschung, gesundes Urtheil und klare Entwicklung einen hervorragenden Rang in der handelsrechtlichen Literatur einnimmt, mag hier nur beiläufig bemerkt werden. [2. Aufl. Bd. I, 1871, Bd. II, 1875; 3. Aufl. Bd. I, 1877; 4. Aufl. Bd. I Lfg. 1 u. 2, 1894. In der 4. Aufl. S. 52 hat Hahn seine Ansicht modifizirt.]

Was dagegen die Methode der Benutzung der Protokolle wie sonstiger Vorarbeiten bei wissenschaftlichen Erörterungen anlangt, so sind v. Hahn und ich darüber wesentlich einverstanden, während Schlesinger uns beiden gleichmässig entgegentritt.

Diese letzte, einfachere Frage mag zunächst besprochen werden.

I. Die Benutzung der Protokolle.

Wie gross oder gering die Bedeutung der Protokolle für die Interpretation des Gesetzbuchs sein mag, ihre Benutzung kann und darf für diesen Zweck nicht unterbleiben. Damit ist auch Schlesinger einverstanden a. a. O. S. 1977. 1978. Nur verlangt er eine rechte Benutzung. Als solche erscheint ihm nicht die Mittheilung von Stellen aus den Vorarbeiten oder des Ganges der Verhandlungen; die nackte Mittheilung aus der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes sei eitel Papierverschwendung und habe mit der Jurisprudenz, als der Wissenschaft des positiven Rechts, gar nichts zu schaffen. Allerdings müsse der Jurist die Protokolle u. dergl. studiren, aber das, was er dadurch etwa wissenschaftlich gelernt hat, in seinem Geiste festhaltend, im Uebrigen so zu Werke gehen, als ob jene Aktenstücke gar nicht existirten. Hierauf hat schon v. Hahn treffend erwidert. Das blosse Ausschreiben der Protokolle, einzelner oder selbst aller Stellen, ist freilich wenig werth, schadet sogar nicht selten (mein Handbuch, Vorrede S. XI, S. 223 [2. Aufl. Vorrede S. IX, S. 314], Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 179); allein die gewissenhafte Ordnung des häufig für einen einzigen Satz sehr reichhaltigen und zerstreuten Materials erspart nicht allein jedem Einzelnen, welcher nun einmal den Inhalt der Vorarbeiten kennen lernen will, eine grosse Mühe, dem nicht vollkommen Erfahrenen zahlreiche Missverständnisse, sondern sie erleichtert auch, was nicht hoch genug angeschlagen werden darf, dem Leser das Gewinnen einer selbstständigen Ueberzeugung. Wenn ein denkender Schriftsteller sich für diese immerhin mühevolle und wenig anregende Arbeit nicht zu vornehm erachtet, so sollte man, scheint mir, ihm dafür eher Dank wissen. Wie derselbe sein eigenes Denken durch die Ermittlung dessen

kontrolirt, was vorher von Anderen, und nun gar den Verfassern eines Gesetzes, über denselben Gegenstand gedacht ist, so soll er auch seinen subjektiven Dünkel und seine Eitelkeit beherrschen, indem er, was Andere gedacht haben, als deren und nicht als seine eigenen Gedanken kundgibt. Benutzen und nicht citiren ist hier so wenig als sonst empfehlenswerth. Handelt es sich aber gar, wie die Erörterung der zweiten Frage zeigen wird, nicht um blosse Gedanken und Meinungen von Schriftstellern, sondern um den Willen des Gesetzgebers, so erscheint es um so mehr in der Ordnung, dass die zu dessen Ermittelung geeigneten Aeusserungen als solche angezeigt und nicht in Form individueller schriftstellerischer Ansichten eingekleidet werden. — Dass mit solcher, selbst gewissenhafter Arbeit freilich nur ein sehr kleiner Theil der wissenschaftlichen Aufgabe gethan erscheint, ist eben so klar, als ich es jemals verkannt habe und einen Vorwurf gerade nach dieser Seite hin am wenigsten zu befürchten glaube. —

II. Die Bedeutung der Protokolle.

A. Erste Erörterung v. Hahn's.

(Verfasser und Gesetzgeber.)

v. Hahn erkennt an, dass ohne Benutzung der Protokolle kein gründliches Studium des Gesetzbuchs möglich sei, dass dieselben unter allen Interpretationsmitteln fort und fort die erste Stelle einnehmen werden. »Weiter aber« — heisst es sodann — »geht ihre Bedeutung nicht; eine äussere Autorität kommt ihnen nicht zu. Mögen einer in ihnen enthaltenen Ansicht alle Mitglieder der Kommission beigetreten sein, mag beschlossen sein, über dieselbe eine ausdrückliche, protokollarische Erklärung aufzunehmen — wenn die Ansicht sich als innerlich unbegründet herausstellt, so hat sie ebensowenig Gewicht als die irrthümliche Ansicht eines beliebigen Schriftstellers.« Und in der Vorrede zur ersten Abtheilung des zweiten Bandes Seite VI bemerkt er, »bei der Interpretation des ersten Abschnitts (von H.G.B. Buch IV) bin ich mit Goldschmidt vielfach zu den gleichen Resultaten gelangt. Von den Differenzpunkten haben die meisten ihren Grund in der

Verschiedenheit unserer Ansicht über die Bedeutung der Konferenzprotokolle für die Interpretation des Gesetzes«.

Nun habe ich in meinem Handbuch Folgendes ausgeführt: Jedes Gesetz empfängt seinen wahren Inhalt nur durch den mit den gebrauchten Worten verbundenen Sinn, die Worte eines Gesetzes sind nur der mehr oder weniger vollkommene Ausdruck des vom Gesetzgeber mit denselben verbundenen Sinnes. Jedes Gesetz gilt so, wie der Gesetzgeber es erweislich gewollt hat, sofern dieser Wille irgend einen Ausdruck, wenn auch einen unvollständigen, unklaren, zweideutigen gefunden hat. Gesetzgeber in Bezug auf das D. H.G.B. sind an sich zwar die Regierungen und Kammern bezw. Landstände der Einzelstaaten; da sie indessen das D. H.G.B. nicht selber abgefasst, vielmehr durch die Nürnberger und Hamburger Kommission haben abfassen lassen, und da sie das Gesetzbuch durchaus unverändert als ein allgemeines deutsches haben einführen wollen, so kann im Zweifelsfalle vernünftigerweise ihr Wille nur dahin gegangen sein, dass der von diesen Kommissionen mit den Worten des Gesetzes verbundene Sinn, also der Wille dieser Kommissionen, wie der Wille des wirklichen Gesetzgebers angesehen werden, somit für die Auslegung des Gesetzes maassgebend sein solle.

Mit Unrecht beruft man sich hiergegen auf die Autorität Thöl's, welcher Handelsr. I § 11 not. q. [6. Aufl. I, S. 83] bemerkt:

»Die Benutzung derselben (der Motive) zur Auslegung des Gesetzes geschieht fast durchweg auf verkehrte Weise, die im Wesentlichen darauf hinausläuft, dass man die gesetzgebende Gewalt, deren Wille in dem Wort des Gesetzes publicirt ist, mit den einzelnen Verfassern des Gesetzes, welchen die Motive angehören, identificirt. Man übersieht, dass das Gesetz durch die Publikation sich vom Gesetzgeber losreisst und nunmehr durch den systematischen Zusammenhang, in welchem seine einzelnen Rechtssätze zu einander und zu dem bereits geltenden Recht aufzufassen sind, so selbstständig als der publicirte Wille der gesetzgebenden Gewalt heraustritt, dass der Wille und die Einsicht der eigentlichen Verfasser des Gesetzes gleichgültig wird. Auf dieser Selbstständigkeit beruht es, dass das Gesetz einsichtiger sein kann als der oder die Gesetzgeber.«

Alles das ist vollkommen richtig[1], berührt aber unsere Frage nicht im Geringsten. Der Wille des Gesetzgebers ist in dem Wort des Gesetzes publicirt, und dieser Wille ist nicht nothwendig identisch mit dem Willen der Verfasser des Gesetzes. Der Wille der Verfasser des Gesetzes ist an sich gleichgültig; der Wille des Gesetzgebers ist nicht gleichgültig, wohl aber dessen Einsicht: insbesondere kann das Gesetz eine weit grössere Tragweite haben, als der Gesetzgeber sich dachte, oder es kann einem Gedanken, der dem Gesetzgeber nur unklar vorschwebte, einen klaren Ausdruck verleihen — aber es kann als Inhalt des Gesetzes niemals das Gegentheil von dem gelten, was der Gesetzgeber mit demselben hat sagen wollen. Denn publicirt ist zwar nur das Wort, aber das Wort als Willensausdruck, also, wie Thöl mit Recht sagt, der Wille in dem Wort. Maassgebend ist, was der Gesetzgeber wollend gesagt hat; verkehrt wäre der Satz: maassgebend ist, was der Gesetzgeber gesagt hat, gleichviel, was er damit gewollt hat.

Auch hiermit dürfte v. Hahn in seiner ersten Erörterung, Kommentar I S. XLIV. XLV [4. Aufl. S. 47, 48], noch vollkommen übereinstimmen, da er der in den Motiven geäusserten Ansicht des wirklichen Gesetzgebers, bezw. der übereinstimmenden Ansicht der mehreren Gesetzgebungsfaktoren, auch wenn sie innerlich nicht begründet ist, entscheidende Bedeutung für die Ergänzung, Präcisirung, Berichtigung unvollständiger, mehrdeutiger oder unrichtiger Gesetzesausdrücke zuspricht. Dagegen führt er den von Thöl nur hypothetisch angedeuteten Gegensatz zwischen dem Willen des oder der Gesetzgeber und dem Willen der Verfasser eines Gesetzentwurfs, speciell der Verfasser des Deutschen Handelsgesetzbuchs, näher aus und gelangt hier zu meines Erachtens unzulässigen Ergebnissen[2].

Es ist richtig, dass formell die verschiedenen Entwürfe nebst ihren Motiven nur eine »Privatarbeit« sind. In dem Augenblicke jedoch, wo der letzte Entwurf von einer Regierung zur Gesetzesvorlage erhoben wurde, ging der Wille dieser Regierung dahin, dass der Inhalt des Entwurfs Gesetz werden

[1] Durch die neuerdings angekündigte [demnächst 1866 erschienene] Ausgabe der Protokolle zur Deutschen Wechselordnung gibt Thöl selber hinlänglich die Bedeutung zu erkennen, welche er denselben beimisst.

[2] [In der 4. Aufl. (S. 52) hat Hahn seine Ansicht modifizirt.]

solle, gleich als ob er von ihr selber verfasst worden wäre. Im Augenblicke der Gesetzesvorlage identificirte sich die Regierung mit dem Verfasser, nicht anders wie durch Vorlage eines im Auftrage nur dieser Regierung von ihren Beamten oder von einem Privatmann ausgearbeiteten, oder ohne solchen Auftrag von einem Privatmann ausgearbeiteten, aber von dieser Regierung adoptirten Gesetzentwurfs. Denn wie ein von Kommissarien sämmtlicher deutschen Regierungen — und das waren ja die Abgeordneten der Nürnberger wie der Leipziger Konferenz —, welche überdies noch durch das Gesammtorgan der deutschen Regierungen, die Bundesversammlung, einberufen waren, verfasster Entwurf in höherem Grade eine Privatarbeit sein soll als der in dem Ministerium des einzelnen Staates ausgearbeitete Entwurf, ist schwerlich einzusehen. Nun versteht es sich freilich von selbst, dass weder die Regierung noch die übrigen Gesetzgebungsfaktoren der Einzelstaaten mit den Verfassern des Entwurfs über den Sinn der darin enthaltenen Rechtssätze gleicher Ansicht zu sein brauchten; es ist möglich, dass sie die Worte adoptirten, dass ihr Wille aber von dem des Entwurfsverfassers verschieden war, und wenn das klar erhellt, so wird der Wille des Verfassers als völlig gleichgültig erscheinen. Sofern aber eine solche Differenz nicht hervortritt, im Gegentheil durchgehends die Erhebung des letzten Nürnberger Entwurfs zum Gesetze en bloc, ohne alle Erörterung der einzelnen Fragen, erfolgt ist, so bleibt eben nichts Anderes als die Annahme übrig, dass dasjenige zum Gesetz erhoben sei, was die Nürnberger Konferenz wollend gesagt hat. Nicht etwa darum, weil die einzelnen Regierungen und Kammern die in den Protokollen und sonstigen Motiven enthaltenen Erörterungen zu den ihrigen gemacht hätten, sondern aus dem ganz verschiedenen Grunde, weil ein Gesetz nicht publicirte Worte, sondern einen in Worten publicirten Willen enthält. Wenn also die gesetzgebenden Faktoren der Einzelstaaten nicht willenlos die Worte des Nürnberger Entwurfs haben zum Gesetz erheben können, so muss, da sie überall einen eigenen Willen nicht geäussert haben, nothwendig vorausgesetzt werden, dass sie den Willen der Nürnberger Konferenz als ihren eigenen Willen haben angesehen wissen wollen. Und dieses stimmt auch allein zu der Verkündung des Nürnberger

Entwurfs als eines allgemeinen deutschen Gesetzes, denn nur dann wurde das Gesetz ein wirklich gemeinsames, d. h. ein Gesetz von überall gleichem Inhalt, wenn nicht der Gesetzgebungswille jedes einzelnen Staates, sondern ein von allen Staaten gleichmässig anerkannter Wille seinen Inhalt bestimmt hatte.

So sind und bleiben die Motive und Protokolle freilich eine »Privatarbeit«; allein, soweit aus ihnen der Wille der Verfasser und der im vorliegenden Falle damit übereinstimmende Wille der Gesetzgebungsfaktoren aller Einzelstaaten über den Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen sich ergiebt, sind sie das wichtigste Hülfsmittel zur Feststellung des gesetzgeberischen Willens, und eben darum, zwar nicht formell, aber materiell von grösserer Wichtigkeit als die Kammerverhandlungen eines einzelnen Staates, in denen nur ein Faktor der gesetzgebenden Gewalt sich ausspricht. Welche »Ansichten« die Nürnberger Konferenz über den Sinn eines einzelnen Artikels gehegt haben mag, ist somit freilich gleichgültig, aber nicht, was sie mit den Worten eines Artikels positiv oder negativ hat sagen wollen; ihre unzweideutigen Erklärungen hierüber sind also nicht »Interpretationen eines beliebigen Dritten« und nur sofern erheblich, als sie nach der subjektiven Ansicht des oder jenes Schriftstellers »innerlich begründet« erscheinen, sondern es sind für die Interpretation maassgebende Willenserklärungen. Meine Ansicht, weit entfernt, den Richter auf eine mechanische Befolgung der in den Protokollen und sonstigen Gesetzesmotiven ausgesprochenen Meinungen zu beschränken, lässt ihm, soweit nicht eine klare Aeusserung des gesetzgeberischen Willens vorliegt, vollkommen freie Hand, während die gegentheilige Annahme zur blossen Wortinterpretation oder zur subjektiven Willkür führt. Wenn z. B. aus den Protokollen klar erhellte, dass durch Art. 1 den Handelsgebräuchen derogatorische Kraft hat versagt, dass in Art. 234 mit den Worten »sonstigen Bevollmächtigten oder Beamten« die Prokuristen haben ausgeschlossen werden sollen; dass unter »Vermögenseinlagen« in Art. 150 nur Geldeinlagen verstanden wurden; dass unter »Anschaffung« in Art. 271 Z. 1 die Miethe und der Erwerb durch Selbstproduktion nicht hat begriffen werden sollen, so würde dieses Ergebniss für den Interpreten maassgebend sein, und er wäre nicht befugt, dem gesetzgeberischen

Willen als einem »innerlich unbegründeten« einen anderen Gedanken zu substituiren.

B. Schlesinger und die zweite Erörterung v. Hahn's.

(Gesetzesworte und Wille des Gesetzgebers.)

Wie v. Hahn in seiner ersten Erörterung — in scheinbarem Anschluss an Thöl — die in sich berechtigte Unterscheidung zwischen den Verfassern eines Gesetzentwurfs und dem Gesetzgeber näher durchzuführen versucht und so zu dem unhaltbaren Ergebniss gelangt, dass die unzweideutige Erklärung der Gesetzesverfasser über den Inhalt der von ihnen aufgestellten Bestimmungen völlig gleichgültig sei, so knüpft Schlesinger gleichfalls scheinbar an Thöl an, indem zwar auch er den wirklichen Willen des Gesetzgebers für maassgebend erklärt, aber verneint, dass der Sinn, welchen der Gesetzgeber im Augenblick der Publikation den Gesetzesworten beilegte, mit diesem Willen identisch sei, ja nur zur Feststellung desselben dienen dürfe. »Für die Auslegung des Gesetzes kommt es auf den von der gesetzgebenden Gewalt den Worten zugeschriebenen Sinn als solchen gar nicht an.« Welches ist nun aber der für die Auslegung maassgebende Wille der gesetzgebenden Gewalt? Nach Schlesinger kann die gesetzgebende Gewalt vernünftigerweise nur wollen, dass das Gesetz in dem Sinne gelten solle, wie es im Augenblicke seiner Publikation vom Volke vernünftigerweise verstanden werden müsse. Dieser Sinn, nicht der vom Gesetzgeber den Worten beigelegte Sinn, sei die objektiv richtige Auslegung.

In einem ähnlichen Gedankengange bewegt sich v. Hahn, wenn er Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen XII S. 176. 177 ausführt, dass der Wille des Gesetzgebers nur aus dem Gesetze selber entnommen werden dürfe. »Zwar ist es vollkommen richtig, dass, um zu erforschen, was der Gesetzgeber als seinen Willen hat erklären wollen, alle Interpretationsmittel, durch welche der wahre Sinn der Erklärung hergestellt werden kann, zulässig sind, und dass, wenn Zweifel über die Bedeutung eines Ausdrucks entstehen, auch auf Aeusserungen des Gesetzgebers, eines gesetzgebenden Faktors oder selbst eines Organs eines solchen rekurrirt werden kann. Immer aber ist festzuhalten, dass es sich nur um eine Interpretation

der solennen Willenserklärung des Gesetzgebers durch das Gesetz handeln kann, dass aber die direkte Erforschung des Willens des Gesetzgebers, abgesehen von der Erklärung desselben im Gesetz, ohne Bedeutung ist. Gesetz ist nicht, was der Gesetzgeber will, sondern was er in solenner Weise als Gewolltes erklärt. Daraus folgt nicht nur, dass, wenn der durch Interpretation des Gesetzes dargethane Wille des Gesetzgebers mit demjenigen, was sich anderweitig als der Wille des Gesetzgebers (richtiger: der mit der Gesetzgebung betrauten Personen) ergibt, in Widerspruch tritt, lediglich der erstere in Betracht kommt, sondern auch, dass die selbstständige Berücksichtigung irgend einer nicht solennen Aeusserung des Gesetzgebers oder eines Organs desselben über den Inhalt eines im Gesetz enthaltenen oder hinsichtlich der Nichtaufnahme eines Rechtssatzes in dasselbe, d. h. die Berücksichtigung desselben neben dem in dem Gesetz erklärten gesetzgeberischen Willen ausgeschlossen ist.«

Indem v. Hahn so unter allen Interpretationsmitteln den in den Vorarbeiten des Gesetzes enthaltenen Aeusserungen des Gesetzgebers über den mit den Gesetzesworten verbundenen Sinn, also über seinen eigenen gesetzgeberischen Willen, die letzte Stelle einräumt, ja denselben im Widerspruch mit dem Ergebniss anderweitiger Interpretationsmittel jede Wirkung versagt, erscheint sein nunmehriger Standpunkt mit dem vorhin bezeichneten Schlesinger's wesentlich identisch.

Um das zu erkennen, müssen nur zwei Punkte scharf von einander gesondert werden. Die eine Behauptung v. Hahn's, mit welcher ich, wie schon früher bemerkt, vollkommen übereinstimme, geht dahin, dass der wahre Wille des Gesetzgebers nur eben in den publicirten Worten des Gesetzes zu finden sei. Ein gesetzgeberischer Wille, welcher gar keinen positiven oder negativen Ausdruck gefunden hat, besteht überall als verbindlich nicht. Weiter geht die zweite Behauptung, dass zur Interpretation der vom Gesetzgeber gebrauchten Worte dessen eigene in den Vorarbeiten enthaltene Aeusserungen über deren Sinn gar nicht (Schlesinger), oder doch nur in letzter Linie (v. Hahn) verwendet werden dürfen. Hier wird vorausgesetzt, dass der Gesetzgeber einen Willen erklärt hat; soll nun aber angenommen werden, dass er als maassgebend gewollt habe, nicht was er bei Gelegenheit der Ent-

stehung des Gesetzes als seinen Willen geäussert hat, sondern was durch anderweitige Interpretationsmittel als sein Wille festgestellt werden kann, so ist, mit Schlesinger, anzuerkennen, dass sein wirklicher Wille nicht der von ihm bei Gelegenheit der Entstehung des Gesetzes geäusserte, sondern der von dem Volke mittelst anderweitiger Interpretationsmittel zu erkennende gewesen sei.

Um hier zur Verständigung zu gelangen, dürfte es zweckmässig sein, nur die einfachsten Fälle in Betracht zu ziehen. Und zwar mögen zwei Hauptfälle unterschieden werden.

1. Der Gesetzgeber hat sich eines durchaus unzweideutigen Ausdrucks bedient.

2. Der Gesetzgeber hat sich eines mehrdeutigen Ausdrucks bedient.

Im ersten Falle wird zwar, nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, der dem gebrauchten Ausdruck nach Sprachregeln entsprechende Sinn als der gewollte zu erachten sein. Wenn indessen die Verfasser des Gesetzes bezw. die gesetzgebenden Faktoren in allen oder doch den die schliessliche Fassung bestimmenden Vorarbeiten mit diesem Ausdruck erweislich einen anderen Sinn verbunden haben, darf alsdann der Interpret bei dem grammatischen Wortsinne stehen bleiben? Liesse sich z. B. weder aus dem Zusammenhange des Gesetzes, noch aus allgemeinen geschichtlichen Momenten, wohl aber aus unzweideutigen und übereinstimmenden Aeusserungen der Gesetzesverfasser in den Vorarbeiten nachweisen, dass mit dem Worte »kaufen« jedes entgeltliche Aneignungsgeschäft gemeint war, so würde schwerlich die Auslegung es sich nehmen lassen dürfen, über den technischen Wortsinn hinauszugehen. Und wenn sich in gleicher Weise darthun liesse, dass mit dem Ausdruck »Vermögenseinlagen« in H.G.B. Art. 150 die blossen Arbeitseinlagen ausgeschlossen werden sollten, würde gleichwohl das Gegentheil angenommen werden dürfen, weil auch die Arbeitskraft und deren Ergebniss ein Gut und Vermögensbestandtheil ist?

Viel bedenklicher noch erscheint die gegnerische Ansicht im zweiten Falle. Bei mehrdeutigen Ausdrücken fehlt der objektive, aus den Sprachregeln sich ergebende Anhalt vollkommen; die Erforschung des wirklichen Willens des Gesetzgebers ist hier häufig eine überaus schwierige Aufgabe. Und

unter den zahlreichen für diese Erforschung benutzbaren Interpretationsmitteln soll die klare unzweideutige Erklärung der Gesetzesverfasser bezw. Gesetzgebungsfaktoren über den Sinn des Gesetzes ein unerhebliches oder doch wenig erhebliches bilden?!

Schlesinger geht von einer zweifachen unzulässigen Voraussetzung aus. Das Gesetz müsse den Sinn haben, in welchem es vom Volke vernünftiger Weise verstanden werden müsse, weil nur dies der Gesetzgeber vernünftigerweise wollen könne. Allein wie muss vernünftigerweise ein Gesetz verstanden werden? Und was muss vernünftigerweise ein Gesetzgeber wollen? Wären alle Ausdrücke klar, unzweideutig, bestimmt, wäre jeder Gesetzgeber der Sprache überall vollkommen mächtig, herrschte über den Inhalt eines zu erlassenden Gesetzes stets eine vollkommene Uebereinstimmung aller Volksgenossen, so liesse sich das hören. Da indessen solch vollkommener Zustand nun einmal nicht besteht und schwerlich jemals zu erreichen steht, so sind eben Zweifel unvermeidlich. Schlesinger glaubt diesen durch »Notorietät« zu entgehen. »Die praktischen Ziele, welche sich die Staatsgewalt notorisch vorgestellt hatte, indem sie das Werk der Gesetzgebung unternahm; die juristischen Anschauungen und Sprachgebräuche, die zur Zeit der Abfassung der Gesetzgebung in der Wissenschaft lebten; die fremden Legislationen, welche als Vorbilder vorlagen und vieles Andere. Nur nicht gerade die blossen Ansichten, welche die Staatsgewalt in ihrem Innern über die Bedeutung der von ihr publicirten Worte gehegt hat. Diese sind im Augenblicke der Publikation nichts weniger als notorisch; von ihnen kann daher das Volk nichts wissen; sind sie daher auch Beweggründe für die Wahl dieser bestimmten Wortfassung gewesen, so kann die Staatsgewalt sie doch nicht schlechthin unmittelbar als Inhalt des Gesetzes gewollt haben«.

Diese Ausführung dürfte schwerlich überzeugen. Was ist notorisch? Und wer wird über die »praktischen Ziele«, die derzeitigen juristischen Anschauungen und Sprachgebräuche, die benutzten fremden Legislationen u. dergl. bessere Auskunft geben können, als der Gesetzgeber in seinen Vorarbeiten? Auch sollte man denken, dass die eigenen subjektiven juristischen Anschauungen und Sprachgebräuche des Gesetzgebers nicht geringere Beachtung verdienen und dass, wo immer

durch den Gesetzgeber selber oder durch Andere die Möglichkeit der Einsicht in den Gang der Gesetzgebungsarbeit gewährt wird, das bloss Innerliche zu einem Aeusseren erhoben, d. h. Allen zugänglich gemacht ist.

Schlesinger illustrirt seine Theorie mit folgendem Beispiel: Dass die Grundsätze der Partikularrechte über die Usance durch das H.G.B. beseitigt seien, dürfe nicht darum angenommen werden, weil aus den Vorarbeiten sich diese Absicht der Gesetzesverfasser entnehmen liesse, sondern weil es bekannt sei, dass man schon lange in jenen Beschränkungen einen Uebelstand für den Handelsverkehr erblickte und durch eine neue Gesetzgebung vor allen (?) Dingen diesen zu beseitigen wünschte und weil die Wahl des an sich weniger korrekten Ausdruckes »Handelsgebräuche« statt »Handelsgewohnheit« erkennen (?) lasse, dass der Gesetzgeber diesem allgemeinen Wunsche (?) nachgeben wollte.

Hier ist Alles schwankend, nichts weniger als notorisch. Wer wünschte jene Abänderung? Schwerlich bestand darüber eine durchaus sichere Allgemeinüberzeugung. Und wem wäre die Allgemeinheit dieser Ueberzeugung bekannt? Der allerdings weitere Ausdruck »Handelsgebräuche« will doch in Art. 1 des H.G.B.'s nichts Anderes bezeichnen als gewohnheitliche Rechtssätze; es lässt sich also aus ihm allein für die Theorie des Handelsgewohnheitsrechts garnichts folgern. Und wenn trotz der Protokolle, welche meines Erachtens über den wahren Willen des Gesetzgebers keinen Zweifel lassen, der auch von Schlesinger anerkannte Satz keineswegs unbestritten ist, so darf man wohl annehmen, dass ohne die Protokolle es an jedem sicheren Anhalt fehlen würde. —

Zur tieferen Begründung seiner Auffassung zieht Schlesinger die Analogie des Vertrages an. Der Gesetzgeber könne vernünftigerweise nicht wollen, dass die Bestimmungen des Gesetzes in dem Sinne gelten sollen, der ihnen nach seiner Ueberzeugung beiwohnt, er könne nur wollen, dass das Gesetz in dem Sinne gelten solle, wie es im Augenblicke der Verkündigung vom Volke vernünftigerweise verstanden werden muss — denn auch als Inhalt eines Vertrages gelte nicht, was wirklich von beiden Theilen gewollt sei, sondern was jeder Theil vernünftigerweise als den Willen des anderen Theiles annehmen durfte.

Diese Argumentation ist theils unzutreffend, theils unrichtig.

Unzutreffend, weil das Gesetz ja eine einseitige Willenserklärung der Staatsgewalt ist, welche die Unterthanen als Norm für ihre Lebensverhältnisse anerkennen müssen. Hier würde also nur die Analogie anderer einseitiger Willenserklärungen, namentlich der Testamente, zutreffen. Und für diese ist ja unzweifelhaft nur der erweisliche Wille des Erklärenden maassgebend, wie unvollkommen auch der Ausdruck dieses Willens sein mag.

Unrichtig, weil auch der Inhalt der Verträge sich nur nach dem wirklichen Willen der Kontrahenten bestimmt. l. 3 D. de reb. dub. (34, 5): qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult —. l. 83 § 1 D. de V. O. (45, 1): si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit —. l. 1 § 2 D. de pactis (2, 14): et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. Allerdings wird der blosse Nachweis, dass vor Abschluss des Vertrages der eine Kontrahent einen gewissen Ausdruck in einem eigenthümlichen, aussergewöhnlichen Sinne verstanden habe, nicht genügen, wegen mangelnden Konsenses den Vertrag für wirkungslos zu erklären, denn es ist ja nicht sicher, dass jener Kontrahent auch noch in dem maassgebenden Moment des Vertragsschlusses an dieser aussergewöhnlichen Bedeutung des gebrauchten Ausdrucks festgehalten habe. Stände dagegen das letztere fest, so wäre allerdings kein Vertrag zu Stande gekommen, wenn auch möglicherweise zu Gunsten des schuldlos irrenden anderen Theiles ein Schadensersatzanspruch begründet. Hätte z. B. ein Engländer über die Lieferung von 100 Centner »Korn« kontrahirt und ergäbe es sich, dass der Engländer, welcher des Deutschen nicht vollkommen mächtig ist, unter dem Ausdruck »Korn« stets Weizen verstanden hat, während am Etablissementsorte des Verkäufers unter »Korn« nur Roggen verstanden wird, so wäre wegen mangelnden Konsenses kein Kaufvertrag zu Stande gekommen, wie begründet auch die Annahme des Verkäufers erscheinen mag, dass über Roggen kontrahirt worden sei. —

Aber auch sonst dürfen Gesetz und Vertrag, ja überhaupt private Willenserklärung, nicht auf eine Linie gestellt werden. Zum Vertrage ist Einverständniss der Kontrahenten erforderlich: das Gesetz gilt nach dem Willen des Gesetz-

gebers, mögen die Unterthanen mit dem Inhalt des Gesetzes einverstanden sein oder nicht, mögen sie in der Lage sein, es nach dem Willen des Gesetzgebers zu verstehen oder nicht: sie sollen es nach diesem Willen verstehen. Ein umsichtiger und der Verantwortlichkeit seines Berufs bewusster Gesetzgeber wird auf eine Fassung bedacht sein, welche möglichst Zweifel und Missverständnisse ausschliesst, und er wird auch durch Veröffentlichung der Vorarbeiten das Verständniss seines Willens zu erleichtern suchen. Solche in den Vorarbeiten enthaltene deutliche Erklärung der Gesetzesverfasser bezw. Gesetzgebungsfaktoren ist freilich keine authentische Interpretation, weil sie nicht selber in Gesetzesform auftritt. Auch werden nicht selten Zweifel entstehen, ob die Erklärung eine zuverlässige, vielleicht gar, ob der Gesetzgeber sich über seinen wirklichen Willen klar geworden ist. Alles das aber hindert nicht, wo sie als durchaus zuverlässig erscheint, ihr ein für die Interpretation des Gesetzes entscheidendes Gewicht beizulegen. Und wenn unzweifelhaft die Gesetzesentwürfe nach Auffassung ihrer Verfasser zu verstehen sind und für die Auslegung dieser Entwürfe das in den Vorarbeiten enthaltene Material maassgebend erscheint, darf da angenommen werden, dass im Augenblicke der Publikation der Worte des Entwurfs der Gesetzgeber diesen Worten einen anderen, als den von den Verfassern gewollten Sinn substituirt habe und die Benutzung der Vorarbeiten für die Ermittelung seines Willens abschneiden wolle?! Oder, um die Frage zu vereinfachen, wenn ein absoluter Regent persönlich ohne jeden Beistand ein Gesetz abgefasst und publicirt hätte, und in den gleichzeitig, indessen nicht in Gesetzesform veröffentlichten Motiven klar ausgesprochen hätte, welche Bedeutung er jedem einzelnen Ausdruck beilegt, so will er doch offenbar, dass das Gesetz in dem Sinne verstanden werde, welchen er selber nach Inhalt der Motive ihm beilegt, und er hat bei Publikation des Gesetzes keinen davon verschiedenen Willen gehegt. —

C. Ueber einige Ausführungen v. Hahn's.

v. Hahn beruft sich an verschiedenen Stellen seines Kommentars auf seine vorstehend unter A. und B. besprochenen Grundsätze, und glaubt mittelst derselben zu anderen und richtigeren Ergebnissen als die übrigen Ausleger zu gelangen.

Von der Richtigkeit dieser Ergebnisse mag hier abgesehen werden, allein es ist nicht anzuerkennen, dass gerade für die von v. Hahn berührten Fragen eine abweichende Ansicht über die Bedeutung der Protokolle zu entgegengesetztem Resultat führen würde.

So geben z. B. hinsichtlich der Frage, ob auch dem wissenden Dritten gegenüber die beschränkte Vertretungsbefugniss eines Gesellschafters ohne rechtliche Wirkung sei (v. Hahn I S. 291 [4. Aufl. S. 495]), die Protokolle kein sicheres Ergebniss, weil zwar Art. 114 S. 2 des Pr. Entwurfs gestrichen wurde, aber aus verschiedenen Gründen.

Ebenso ist zu H.G.B. Art. 150 (v. Hahn I S. 361 [4. Aufl. S. 620]) nicht ersichtlich, ob die Majorität blosse Arbeitseinlagen ausschliessen wollte, da zahlreiche Mitglieder unter »Vermögenseinlagen« auch blosse Arbeitseinlagen verstehen mochten.

Aehnlich verhält es sich mit der bestrittenen Befugniss der Aktienvereine zur Bestellung von Prokuristen (v. Hahn I S. 464 [3. Aufl. S. 731]). Die Aufnahme einer bejahenden Bestimmung ist aus zwei Gründen abgelehnt worden:

1. weil erfahrungsmässig Aktienvereine niemals Prokuristen haben,

2. weil die Prokura zu der ganzen Struktur des Aktienvereins nicht passe.

Mit dem ersten Grunde ist die Statthaftigkeit der Bestellung von Prokuristen nicht negirt, nur der Vorschlag als überflüssig zurückgewiesen; dagegen richtet sich der zweite Grund direkt gegen die Zulässigkeit. Da nun nicht erhellt, ob beide Gründe von der Majorität getheilt wurden oder ob Einzelne aus dem ersten, Andere aus dem zweiten Grunde gegen den Vorschlag stimmten, so liegt auch hier ein klarer Wille der Konferenz nicht vor.

Bd. II S. 7 ff. 15 [2. Aufl. S. 11 ff.] tritt v. Hahn meiner Ansicht entgegen, dass das Anschaffungsgeschäft des Lieferanten ein objektives Handelsgeschäft sei, und auch hier wird darauf verwiesen, dass der Wille der Gesammtheit oder doch der Majorität der Nürnberger Kommission für die Auslegung ohne erhebliche Bedeutung sei. Freilich wird auch hier nachzuweisen versucht, dass aus den Vorarbeiten sich solcher Wille nicht ergebe, und es würde somit auch dieser Fall ausscheiden. Indessen möchte ich doch gegen die hier versuchte Methode

der Interpretation Einspruch erheben. Die Annahme, dass mit dem Gesetz nur die Worte publicirt seien, dass der Wille des Gesetzgebers, der nicht in den Worten für sich einen unzweideutigen Ausdruck gefunden hat — übrigens, welcher Ausdruck ist unzweideutig? man denke an neueste Interpretationsversuche von Verfassungsgesetzen —, schlechthin nicht in Betracht komme, lässt sich wenigstens mit scheinbaren Gründen vertheidigen. Davon ist oben die Rede gewesen. Allein solche Argumentation ist doch geradezu undenkbar für einen blossen Entwurf, wie v. Hahn selber sagt, eine Privatarbeit. Die Verfasser des Reichshandelsgesetzbuchs und des preussischen Entwurfs sagen aber, ungeachtet die Fassung der Entwürfe selbst Zweifel erregen könnte, in den Motiven zu denselben mit dürren Worten, dass auch das Anschaffungsgeschäft des Lieferanten als objektives Handelsgeschäft gelten solle (mein Handbuch I S. 439 [2. Aufl. S. 577] Not. 12). Wenn nun v. Hahn in Bezug auf diese Entwürfe bemerkt: »diesen klaren Worten gegenüber kann die entgegenstehende Interpretation der Motive nicht berücksichtigt werden«, so ist das mir geradezu unverständlich. Die Verfasser einer Schrift sagen uns in dem Augenblicke, wo sie diese Schrift veröffentlichen: mit diesen Worten will ich das und nichts Anderes gesagt haben — und der Interpret will auf diese Erklärung keine Rücksicht nehmen, weil er in den Worten etwas Anderes gesagt findet! Wenn nun aber dies der Wille der Verfasser des preussischen Entwurfs war und in dem Handelsgesetzbuche selber eine Fassung gewählt ist, welche mit diesem Willen noch weit verträglicher ist als die ältere Fassung, und nirgends eine Andeutung sich findet, dass ein Anderes gewollt sei, so scheint doch über den wirklichen Sinn des Gesetzes kein Zweifel bestehen zu können. Allerdings führt v. Hahn hiergegen drei Gründe an:

1. Den Wortlaut. Das Wort »veräussern« könne nur bedeuten: einen Verkauf oder dergl. abschliessen. Dieses Argument ist an sich misslich, denn der Wortlaut des preussischen Entwurfs »um weiter zu verkaufen« scheint doch ganz klar das Anschaffungsgeschäft des Lieferanten auszuschliessen und sollte dennoch nach dem erweislichen Willen der Verfasser auch dieses umfassen! Es ist aber auch in sich hinfällig. v. Hahn sagt, »die Absicht, eine zu kaufende

Sache einem Anderen zu tradiren, kann an sich nie das Motiv zur Eingehung eines Spekulationskaufes sein«. Warum nicht? Der Ausdruck »Spekulationskauf« ist zweideutig: es lässt sich darunter verstehen der Kauf, welcher das erste Glied einer Handelsoperation ist — im Gegensatz zum Realisationsgeschäft; aber auch allgemein ein Kauf, welcher in der Absicht zu gewinnen, geschlossen wird. Bei einem Spekulationskauf im ersten Sinne freilich kann niemals die blosse Absicht, zu tradiren, das Motiv zur Eingehung sein, wohl aber bei einem Spekulationskauf im zweiten Sinne. Ein Realisationsgeschäft, welches in der Absicht zu gewinnen geschlossen wird — es soll wohlfeiler eingekauft werden, als verkauft ist —, ist ein Spekulationskauf im zweiten Sinne, und das Motiv für die Eingehung eines solchen ist allerdings die Absicht, zu tradiren, nämlich durch die Erfüllung einen Gewinn zu machen, da erst durch die Erfüllung die Beziehung der beiden Glieder der Handelsoperation hergestellt wird. Es liegt somit auch kein Grund vor, mir eine Inkonsequenz vorzuhalten. Dass aber Art. 271 Z. 1 eben nur von dem Spekulationskauf, welcher das erste Glied einer Handelsoperation ist, und nicht von dem Spekulationskauf allgemein, also nicht auch von einem solchen, welcher das zweite Glied einer Handelsoperation ist, spreche, ist petitio principii und wird, wie bemerkt, durch die Entstehungsgeschichte widerlegt.

2. Den inneren Grund, dass die Anschaffung darum dem Veräusserungsgeschäft vorangehen müsse, weil die Absicht zu veräussern bei der Anschaffung vorhanden sein müsse. Allein diese Absicht ist in der That in beiden Fällen vorhanden: bei der Spekulationsanschaffung die Absicht ein Veräusserungsgeschäft abzuschliessen, bei der Realisationsanschaffung die Absicht zu veräussern, d. h. ein geschlossenes Veräusserungsgeschäft zu erfüllen.

3. Die Inkongruenz zwischen Speculation à la hausse und à la baisse. Ich habe — ohne diese Inkongruenz zu vertheidigen — die Gründe, welche eine solche, und nicht allein für Werthpapiere, bis zu einem gewissen Grade rechtfertigen, angegeben. Und ich meine auch jetzt noch, was v. Hahn nicht einsehen zu können erklärt, dass ganz abgesehen von Werthpapieren, eine Spekulation à la baisse z. B. in Zucker, Getreide, Baumwolle, Spiritus, Eisen, bei Nichtkaufleuten ein ganz

seltener Ausnahmefall sein wird, dass daher solches Geschäft in der That einen so specifisch handelsmässigen und darum handelsrechtlichen Charakter trägt, dass es schlechthin nach Handelsrecht beurtheilt werden will, somit für ein objektives Handelsgeschäft erachtet werden muss, während der Realisationsverkauf, weil er dieses specifisch handelsmässigen Charakters entbehrt, nicht mit gleicher Nothwendigkeit als objektives Handelsgeschäft anzuerkennen war. —

4.

MISCELLEN
ZUR
THEORIE DER WERTHPAPIERE.

(1882.)

INHALT.

Die nachstehenden Erörterungen schliessen sich zum Theil an frühere Untersuchungen ergänzend oder modificirend an. Einzelnes ist von mir zuerst in den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (bis zum 30. Juni 1875) ausgeführt worden.

I. Pendenztheorie und Eigenthumstheorie.

Der Herr Verfasser der in der Zeitschrift XXVIII S. 56—62 mitgetheilten Skizze [Riesser] tritt, in der Hauptsache, der von mir, unter Anschluss an Ihering, Zeitschrift III S. 275, 276 (1860), als möglich angedeuteten »Pendenz-« oder »Präsentations-Theorie« bei [1]. Da ich auch sonst noch gegenwärtig als Vertreter dieser Theorie genannt werde [2], so glaube ich darauf hinweisen zu müssen, dass ich mich seit geraumer Zeit von der Unstatthaftigkeit dieses Konstruktionsversuches überzeugt habe, und dass mit demselben die von mir Zeitschr. VIII S. 330, IX S. 62 ff. (1865—1866) entwickelte »sachenrechtliche« oder »Eigenthums-Theorie« unvereinbar erscheint. Zwar behauptet Thöl (Handelsr. I, 6. Aufl., § 223) [3], dass die »Eigenthums-Theorie«,

[1] Dieselbe hat einen namhaften Vertreter gefunden in Förster, Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts I § 64 — nicht mehr bei dessen Herausgeber Eccius (4. Aufl. 1881, I S. 424 Note 30 [7. Aufl. S. 375 Note 15]). S. auch O. T. Berlin 1866 (Striethorst's Archiv Bd. 65 S. 77). Verwandt ist der Gedanke v. Gerber's (Deutsches Privatrecht [12. Aufl.] § 161 Note 3 [vgl. jetzt aber Cosack bei Gerber, 17. Aufl. § 237]), dass in den zwischen den Fälligkeitsterminen liegenden Zeiten das obligatorische Verhältniss gewissermaassen (?) ruhe. Dagegen z. B. bereits Kuntze, Inhaberpapiere S. 168; Jolly, Krit. Vierteljahrsschr. III S. 559.

[2] Z. B. Stobbe, D. Privatr. III § 180 Note 4 [3. Aufl., bearbeitet von Lehmann, § 255 Note 7].

[3] In dessen »Literaturübersicht« vor diesem Paragraphen die eben genannten Ausführungen so wenig erwähnt sind, als meine Erörterungen in Bd. VI S. 341 der Zeitschrift, sondern nur die älteren.

welche er verwirft, nothwendig auf die von ihm gleichfalls abgelehnte »Präsentations-Theorie« führe. Die Behauptung trifft nicht zu. An das Papiereigentum kann eine Kette sämmtlich und ausschliesslich skripturmässiger Forderungen (nicht blosser Expektanzen) geknüpft sein und ist an dasselbe bei den wirklichen Order- und Inhaberpapieren derart geknüpft, dass bei jedem neuen Papiereigenthümer die skripturmässige Forderung neu[1], unabhängig von den Mängeln, welche ihr hei dem »Vormanne« anhafteten (D. W.O. Art. 82; H.G.B. Art. 303 Abs. 2; sächs. bürgerl. G.B. § 1046; schweizer. Bundesgesetz über das Obligationenrecht [1881] Art. 811, 838, 839, 842, 847) entsteht. Der Erwerb der Forderung gründet sich so wenig auf eine (obligatorische) Succession (Renaud), als der Eigenthumserwerb des Papiers auf eine wahre (sachenrechtliche) Succession (v. Savigny): H.G.B. Art. 307; D.W.O. Art. 74 — womit zugleich gesagt ist, in welchem Hauptpunkte, von anderen gleichfalls sehr wichtigen hier zu schweigen, sich die von mir formulirte Theorie gegen andere schon früher aufgestellte »Eigenthums-Theorieen« abhebt. Sie unterscheidet nicht mit Thöl von dem »Recht« die »Legitimationsnachweisung«, sondern das Recht und die blosse »Legitimation« (D. W.O. Art. 36) — d. h. hier, richtig verstanden (denn der Ausdruck ist vieldeutig), nicht Berechtigung, sondern gesetzlichen Ausweis der Berechtigung — zur Geltendmachung der Forderung; sie bejaht, was dieser noch jetzt — sogar angesichts der reichsgesetzlichen Bestimmungen — verneint (Handelsrecht [I, 6. Aufl.] §§ 223, 226 ff., 231; Wechselrecht [II, 4. Aufl.] § 176), dass die Frage von der Zulässigkeit der »sogenannten Vindikation« dem Sachenrecht angehöre. Es kann Thöl zugegeben werden, dass die Forderung nicht um der Sache (des Papierstückes) willen vorhanden sei, dagegen nicht, dass die Sache der Forderung, statt umgekehrt, folge. Man darf allenfalls diejenige Formulirung gelten lassen, welche nicht mit Thöl übereinstimmt, sondern dessen Formel einen andern Sinn unterlegt (Brunner in Endemann's Handbuch

[1] Will Windscheid, Pandekten [auch 7. Aufl.] II § 291 Note 2, 3 in seiner nur zu kurzen Andeutung ein Anderes sagen? Das Gegentheil sagt Brunner in dem Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von Endemann, Bd. II S. 164, 170. S. unten S. 85 Note 1 und S. 118 Note 1.

des Handelsrechts II S. 163), dass die »Rechtssätze über den Erwerb der Forderung in sachenrechtlichem Gewande erscheinen«, — vgl. auch meine Ausführungen: Zeitschrift VIII S. 336, 338 — falls nämlich damit, wie anzunehmen (vergl. Brunner a. a. O. S. 164, 207, 211), gesagt sein soll, dass sie wahre Rechtssätze des »Sachenrechts« sind, nur Objekten dieser Art eigenthümliche.

Wenn ferner Stobbe (Deutsches Privatrecht III § 180 [vgl. aber 3. Aufl., bearbeitet von Lehmann III § 255]) zwar anerkennt, dass die Obligation aus dem Inhaberpapier »auch von sachenrechtlichen Grundsätzen erfasst wird« und dass nach den Bestimmungen des Deutschen Handelsgesetzbuchs »der gutgläubige Erwerber dem Eigenthümer des Inhaberpapiers völlig gleichsteht« (richtiger: Eigenthümer ist), aber gleichwohl ausführt, dass nicht der »Eigenthümer«, sondern der »Inhaber« Gläubiger sei, so räumt er doch zugleich ein, dass diesem »Gläubiger« die Forderung von dem »Eigenthümer« durch Vindikation oder Kontraktsklage wieder abgestritten werden könne (»... Reproduktion der verlorenen Forderung ...«), und dass »nur Derjenige die Forderung in sicherer, unnehmbarer Weise erwirbt, welcher das Papier auf Grund eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten Geschäfts erhalten hat«; nur freilich sei der vindicirende Kläger nicht Gläubiger, er bestreite auch nicht, dass der Beklagte Gläubiger sei, sondern dessen Recht, das Papier zu besitzen und demgemäss Gläubiger zu sein (richtiger: zu bleiben). Nach dieser Theorie wäre die »Vindikation« ein Rechtsmittel nicht zur Geltendmachung einer bestehenden, sondern zur Wiedererlangung einer verlorenen Forderung, gerichtet auf Rescission des für den Papierinhaber eingetretenen Forderungserwerbs. Dabei erkennt Stobbe an, dass die mit der Eigenthums- und anschliessenden Legitimations-Theorie vereinbare, wenn auch mitunter positiv-rechtlich ausgeschlossene (sächs. bürgerl. G.B. § 1045, modificirt: schweiz. Obligationenrecht Art. 846 Abs. 2), dagegen mit seiner Auffassung durchaus unverträgliche Gestattung eines Beweises gegen das »Recht« des Inhabers unter Umständen von der »aequitas und von den Bedürfnissen des Verkehrs« dringend erheischt wird, dass somit im praktischen Ergebniss die beiden Theorieen einander sehr nahe kommen. Ich sage »Theorieen«. Denn dass Stobbe das nur zu harte

wirklich »geltende« Recht darstelle, aber dessen Korrektur durch ein künftiges milderes Recht erstrebe, wird eben von mir geleugnet — es ist mindestens sehr unwahrscheinlich, dass das Gewohnheitsrecht, welches ja gemeinrechtlich allein in Frage steht, gegen das Verkehrsbedürfniss und die Anforderungen der Billigkeit verstosse —; ob das künftige Reichsgesetz ein anderes normiren wird, bleibt abzuwarten. Schon aus diesem Grunde möchte die Theorie von dem »Forderungsrecht des Inhabers« als solchen in Verbindung mit dem »Rescissionsrecht des Eigenthümers als vormaligen Gläubigers« ein sehr bedenklicher theoretischer Umweg sein und schwerlich vereinbar mit dem Rechtsbewusstsein des Verkehrs, welches keineswegs an den Verlust des Gewahrsams den Forderungsverlust knüpft. Wäre der »Inhaber«, sogar wenn und solange er nur alieno nomine detinirt, der wahre Gläubiger, so wäre schon mit der blossen Deponirung von Inhaberpapieren nicht nur die faktische und in gewissem Sinne rechtliche Möglichkeit des Forderungsverlustes, sondern dieser selbst unausbleiblich verbunden!

Aber das Versprechen, an den Inhaber, Vorzeiger, Indossatar zu zahlen, ist juristisch ein Versprechen, an den Berechtigten zu zahlen — nur soll der Rechtsausweis dem Aussteller gegenüber durch Innehabung etc. erbracht sein. Der Wille des Ausstellers und der allgemeine Wille des Verkehrs gehen nicht dahin, dass ein Unberechtigter Gläubiger sein solle. Der Eigenthümer, welcher dem Unberechtigten das Papier mit der Eigenthums-, Kontrakts-, Deliktsklage abfordert, erwirbt nicht die verlorene Forderung zurück, sondern macht sein bestehendes Forderungsrecht geltend. Auch dem Schuldner gegenüber sind Recht und Legitimation nicht gleichbedeutend; der Schuldner darf stets an den Legitimirten zahlen — er muss an ihn zahlen, sofern er nicht in der Lage ist, den schwierigen, meist unmöglichen Nachweis des Nichtrechts zu führen; die Pflicht, solchen Nachweis zu versuchen, hat er an sich nicht.

Die vorstehend bekämpfte Ansicht scheint (?) in einem schon früher nach anderen Richtungen besprochenen (Zeitschrift XXIII S. 307) Urtheil des II. Senats des Reichs-Oberhandelsgerichts (Entsch. XVII S. 159) angenommen zu sein. Jedenfalls gewinnt in der neueren Literatur, wenngleich nicht

ohne Abweichungen im Einzelnen, die »Eigenthumstheorie« immer breiteren Boden: Hauser, Stellvertretung im Besitz S. 83 ff.; G. Binding (Zeitschr. X S. 412 ff., 418 ff.; De Fontenay (Zeitschr. XVIII S. 65 ff.); Randa, Besitz (3. Aufl. S. 335 [4. Aufl. S. 436] Note 48); Brunner in Endemann's Handbuch II S. 163, 164, 190, 191, 207, 211; Carlin, Niemand kann auf einen Andern mehr Recht übertragen, als er selbst hat (1882) S. 9, 73, 77[1]. Damit stimmt im Endergebniss auch wohl Dernburg überein (Preuss. Privatr. II [3. Aufl.] S. 211 [5. Aufl. S. 217]); wenn, ungeachtet einzelner allgemeiner lautenden Aeusserungen, »Recht aus dem Inhaberpapier nur der gutgläubige Erwerber des Papiers« hat, dieser letztere aber nicht bloss »gegen die Vindikation geschützt«, sondern reichsgesetzlich wahrer Eigenthümer des Papiers ist, so lässt sich doch nicht bezweifeln, dass der Eigenthümer und nur dieser Gläubiger ist. Im praktischen Ergebniss kommt darauf für das geltende Recht ja auch Thöl (Handelsrecht I § 223 vgl. 231) hinaus — ob zur Begründung der »Vindikation« ein anderes und mehr verlangt wird als der Nachweis eines Eigenthumserwerbsgrundes, und als solcher reicht selbstverständlich ein nach Art. 307 H.G.B.'s genügender aus, darf hier unerörtert bleiben. Aber es ist bestimmt hervorzuheben, dass ein sicherer Aufbau der Theorie der wahren Inhaber- wie Orderpapiere erst durch die der Natur dieser Papiere und dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart durchaus entsprechenden[2] reichsgesetzlichen Bestimmungen (D.W.O. Art. 74, schweiz. Obligationenrecht Art. 268, 790, ital. H.G.B. [Text 31. Okt. 1882] Art. 37, 332, H.G.B. Art. 307) nicht über die Beschränkung oder den Ausschluss der Vindikation, sondern über den Eigenthumserwerb an dergleichen Papieren ermöglicht worden ist und dass die konstruirende

[1] S. auch die soeben erscheinende 2. Aufl. von Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (1882) S. 192 [4. Aufl. (Geib) S. 207].

[2] Das Gegentheil behauptet v. Gerber, Deutsches Privatr. § 161 [anders Cosack, 17. Ausg. S. 406]. Er übersieht u. A., dass der richterlichen Anwendung der civilen Vindikationsgrundsätze alsbald deren gesetzliche Beseitigung gefolgt ist, um den flagranten Widerspruch zwischen positivem Recht und Rechtsbewusstsein der Gegenwart zu beseitigen, z. B. in Hannover und Basel-Stadt (Zeitschr. II S. 545, IX S. 127). S. jetzt Brinz, Pandekten II. 2 (2. Aufl. 1882) S. 581 ff.

Theorie diese Grundlage zu acceptiren hat. Diese Aufgabe hatte ich mir in der vorhin erwähnten, übrigens der Revision bedürfenden Abhandlung gestellt. Gründliche Ausführungen in diesem Sinne enthält die sorgfältige Berliner Inauguraldissertation von M. Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf Inhaber im Sinne des Art. 307 des Deutschen H.G.B.'s (1881). Nur wird, da Art. 307 H.G.B.'s lediglich die »veräusserten und übergebenen« Inhaberpapiere trifft, weiter zu untersuchen sein, ob auch, über Art. 307 hinaus, ein anderweitiger Eigenthumserwerbsgrund des Papiers, wie Ersitzung etwa pro herede oder auf Grund eines Putativtitels, Occupation u. A. m., zugleich den Forderungserwerb nach sich zieht.

Für die »Pendenz- oder Präsentations-Theorie«, welche ich nicht mehr vertrete, darf ich daher die mehrfach abweichenden Ausführungen von Riesser unberührt lassen.

II. Das Präsentationspapier und die Kategorieen der Werthpapiere.

Nicht auf der »Präsentations-Theorie« beruht, wie dem Wortlaut nach scheinen könnte, das Wesen des zuerst von Brunner so bezeichneten und in die Doktrin eingeführten »Präsentationspapiers«[1]. Er versteht darunter nicht eine Urkunde, deren rechtliches Wesen in der Präsentation aufgeht, für welche somit die Präsentation (Vorlegung) ein die Entstehung oder doch mindestens jede Ausübung des beurkundeten (Forderungs-) Rechts schlechthin bedingendes Moment bildet. Sondern, obwohl die Schuld und sogar deren Fälligkeit ohne Präsentation bestehen, so sei doch die »Leistungspflicht des Schuldners« an die Präsentation in der Art gebunden: dass der Schuldner nur gegen Vorlegung und Aushändigung des Papiers (bezw. eines das Papier vertretenden

[1] Zuerst in v. Holtzendorff's Encyklopädie (3. Aufl. I S. 210). Geschichtliche Untersuchungen: Zeitschrift XXII S. 1 ff., 59 ff., 505 ff., XXIII S. 225 und: Das französische Inhaberpapier des Mittelalters — Festschrift 1879; gedrängte Zusammenfassung der geschichtlichen Untersuchungen jetzt in v. Holtzendorff's Encyklopädie I, 4. Aufl., S. 252—254 [5. Aufl. S. 278 ff.]. Ueberwiegend dogmatisch: Die Werthpapiere, im Handbuch des D. Handelsrechts, herausgeg. von Endemann, II S. 140 ff. und in v. Holtzendorff's Encyklopädie, Rechtslexikon, s. v. »Inhaber-, Präsentations-, Werth-Papiere«.

Amortisationserkenntnisses) zu zahlen brauche — die vollständige Erfüllung der Forderung somit hier begrifflich als »Einlösung des Papiers« erscheine; dass die Schuld den Charakter nicht einer Bring-, sondern einer Hol-Schuld habe; endlich, dass der Verzug des Schuldners mit seinen rechtlichen Folgen — wohin anscheinend auch der Ausschluss der Zinsverbindlichkeit aus Art. 289 H.G.B.'s gezählt wird — nicht durch den Verfallstag an sich — also unter Ausschluss der Regel dies interpellat pro homine —, sondern nur durch eine solenne Mahnung, nämlich durch die Präsentation zur Verfallzeit, bedingt werde. Dies ist der Kern der an verschiedenen Orten nur unwesentlich variirten, bald kürzeren bald längeren Formulirung. Man darf hiernach, wie das theilweise auch von Brunner selbst geschieht, zur Charakterisirung der drei Momente die Stichworte: »Einlösungsschuld«, »Holschuld«, »Mahnschuld« (sc. solenne) wählen.

Es sollen so mit dem Ausdruck »Präsentationspapier« gewisse bisher mehr oder weniger scharf von der Gesetzgebung (z. B. einerseits: D. W.O. Art. 39, H.G.B. Art. 303 Abs. 3 — andererseits: D. W.O. Art. 40, 41, 91 ff., H.G.B. Art. 325)[1] und Doktrin (insbesondere Thöl, v. Salpius, v. Hahn) formulirte, für gewisse Arten von Urkunden geltende Rechtssätze in dem Sinne zusammengefasst werden, dass deren anerkannte Geltung die selbstständige Kategorie »Präsentationspapier« begründet.

Wenn dabei Brunner ursprünglich (Zeitschr. XXII S. 60) »für das heutige Recht die Kategorieen des Präsentationspapiers, des Inhaberpapiers und des Dispositionspapiers« aufstellte, so war dies wohl nicht als erschöpfende, überhaupt kaum als wahre Gliederung der modernen »Papiere« gemeint — wie denn auch später eine abweichende Klassifikation gewählt ist (z. B. in Endemann's Handbuch II S. 151, 152; s. aber auch S. 146, 147). Denn von dem »Inhaberpapier« ist es ja zweifellos, dass es nothwendig zugleich »Dispositivpapier« ist: die Inhaberforderung kann nur durch das Papier begründet werden, und auch das »Präsentationspapier« muss insofern zugleich »Dispositivpapier« sein, als

[1] Aus den Protokollen der Nürnberger Konferenz (S. 584, 588, 589, 1372, 1373) ergibt sich, wie sehr allmählich der wichtige und doch noch zu beschränkte Rechtssatz »mit Ausnahme der indossabeln oder auf Inhaber lautenden Papiere« als klar erkanntes Rechtsprinzip zum Durchbruch gelangt ist.

der ihm eigenthümliche Forderungsinhalt (nur gegen das Papier) nicht anders als durch das Papier begründet wird — es wären also wohl Inhaber- und Präsentationspapiere den Dispositivurkunden einzuordnen. Weiter aber würde augenscheinlich das »Inhaberpapier« neben allen — oder doch den weitaus meisten, nämlich allen nicht die »negative Präsentationsklausel« (Zeitschr. XXII S. 63 und sonst häufig) tragenden Orderpapieren [1], endlich neben vielen Namenpapieren eine blosse Unterart der umfassenderen Kategorie »Präsentationspapier« bilden — oder hat Brunner hier mehr historisch (so wohl Zeitschr. XXII S. 98) unter »Inhaberpapier« jedes »Papier« verstanden, dessen »Haben« für das Gläubigerrecht von wesentlicher Bedeutung ist? Endlich bedarf es einer Zusammenfassung der Forderungspapiere auf Inhaber mit vielen Orderpapieren und gewissen Namenpapieren (Rektapapieren) in die wichtige Kategorie der »Skriptur-Obligationen« [2], für welche Brunner die neue Bezeichnung »Papiere öffentlichen Glaubens« (in Endemann's Handbuch II S. 152, 168 ff. und sonst) empfiehlt. Man sollte aber doch an der alten festhalten. Denn wollte man auch ohne entsprechende »öffentliche Einrichtungen« »öffentlichen Glauben« statuiren, so steht es ja, jedenfalls auch nach Brunner's Ansicht, fest, dass ein unechtes oder von einem Verpflichtungsunfähigen ausgestelltes oder von dem Aussteller gar nicht begebenes Papier der Art eine Obligirung des wirklichen oder angeblichen Ausstellers nicht begründet, während der »öffentliche Glauben«, z. B. des Grundbuchs, nothwendig diese Folge nach sich ziehen würde [3].

Die oder mindestens gewisse aus dem »öffentlichen Glauben« hergeleiteten Sätze folgen eben aus dem, was der Name »Skriptur-Obligation« — noch präciser: »Urkunde über eine Skriptur-Obligation« [4] — mit sich bringt: nämlich, dass die

---

[1] »Ohne vorgängige Präsentation«: Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts VIII S. 164, vgl. V S. 103, XIV S. 415; Verhandlungen des XV. Juristentags I S. 58 (Schulze-Delitzsch), 121 (Mosse).

[2] Nicht identisch mit »abstrakten« (Zeitschr. XXII S. 64 Note 1, S. 89) — s. aber auch in Endemann's Handbuch II S. 151, vgl. mit meinem Handbuch I, 2 S. 685.

[3] Daher auch Dernburg, welcher schon früher (2. Aufl.) auf eine derartige Analogie hingewiesen hatte, nunmehr deren juristische Verwerthbarkeit bezweifelt (Preuss. Privatrecht, 3. [auch 5.] Aufl., II § 253).

[4] Welche dem weiteren Kreise der »Skriptur- oder Literal-Rechte« angehört.

Forderung schlechthin und lediglich nach Maassgabe der echten Schrift (des Urkundenwortlauts) besteht, dass also der wortgemässe und echte (abstrakte oder diskrete) Inhalt der Schrift für wahr und gewollt gilt, unter Ausschluss des Gegenbeweises und unter Zulassung der Anfechtung nur gegenüber dem mit der Unwahrheit bekannten Papiererwerber, sofern dieser nicht ein Rechtsnachfolger des der Anfechtung ausgesetzten Vormannes ist[1]. —

Um aber auf das »Präsentationspapier« zurückzukommen, so darf, auf Grund namentlich der eindringenden Untersuchungen Brunner's[2] und Franken's[3], als sehr wahrscheinlich erachtet werden, dass die aus der spätrömischen, vielleicht im Provinzialrecht eigenthümlich weiter entwickelten Dispositivurkunde entstammende Forderungsurkunde des Germanischen Mittelalters — nicht nur die handelsrechtliche — ursprünglich in der Regel als Dispositivurkunde und sogar ohne Präsentationsklausel — anders anfänglich Brunner — als »Präsentationspapier« in dem Sinne gegolten hat, dass der Schuldner nur gegen das Papier bezw. gegen dessen Amortisation (Todeserklärung in verschiedenen Formen) zu leisten verbunden war, die Zahlung sich somit als »Einlösung des Papiers« darstellte.

Hiermit ist die geschichtliche Grundlage erkannt, auf welcher allein eine sehr grossartige und mannigfaltige Rechtsentwicklung ermöglicht war. Das Ergebniss ist aber auch für das geltende Recht sehr erheblich: einmal, indem in den Skriptur-Obligationen das eigenthümliche Element des Präsentationspapiers erkannt ist, welches seine besondere Analyse erfordert; weiter indem es auch noch gegenwärtig Forderungs-

---

[1] Mein Handbuch des Handelsrechts I, 2 § 72 Note 8 ff., vgl. Note 4 ff. und I. (2. Aufl.) § 34 Note 15. Das erkennt, bis auf den letzten Satz, auch Brunner an (Endemann's Handbuch II S. 191) — aber dass die »publica fides« schlechthin den weiteren Nehmer schützen würde, liesse sich nicht erklären, wenn dieser, wie S. 164 und sonst postulirt wird, die Forderung durch Rechtsnachfolge erwürbe. S. oben S. 78 Note 1 und unten S. 118 Note 1. Vgl. Dernburg, Preuss. Privatr., 3. [auch 5.] Aufl., II § 87 Note 1.

[2] S. namentlich Zeitschr. XXII S. 83, 87; Das französische Inhaberpapier S. 90. 92 [s. auch in den »Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts« (1894), S. 524, 544]. Dazu: Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde Bd. I (1880).

[3] Das französische Pfandrecht im Mittelalter, Bd. I S. 248—254.

papiere gibt, welche lediglich »Präsentationspapiere« in dem Sinne der ursprünglichen germanischen Forderungsurkunde sind[1]; endlich weil unverkennbar die noch zu wenig gewürdigte Verkehrssitte dahin neigt, den Forderungsurkunden mindestens diese rechtliche Bedeutung — entgegen dem specifisch römischen Recht der blossen Beweisurkunde — beizulegen. Dergleichen gewissermaassen unvollkommene Residuar- und doch gleichzeitig Keim-Gestaltungen finden sich ja auch sonst, zumal auf diesem Gebiet. Lässt z. B. das ältere Recht, welchem das Indossament noch fehlt, an sich eine Legitimation des späteren Brieferwerbers durch jedes Beweismittel (Willebrief u. a.) zu[2], so ist dies auch noch heute insofern[3] möglich, als nicht die besonderen Wirkungen des Indossaments, d. h. eben der Orderklausel im modernen Sinne, in Frage stehen[4].

Immerhin ist die Rolle, welche das »blosse« Präsentationspapier — nicht als Element der »Skriptur-Obligationen« — im heutigen Verkehrsleben spielt, eine sehr bescheidene, und für die geschichtliche Entwicklung der »Skriptur-Obligationen« bildet es, wie bemerkt, lediglich einen ersten Ausgangspunkt. Denn in dem Begriffe des »Präsentationspapiers« liegt keineswegs, dass schlechthin an den »Präsentanten« gezahlt werden muss — das hat auch im germanischen Recht nur für Order- und Inhaberpapiere und auch hier nur unter erheblichen Schwankungen gegolten; es ist erst — wie man schon mehrfach (z. B. G. L. Maurer, Platner, Biener, v. Poschinger) behauptet, aber erst Brunner genauer nachgewiesen hat — durch Ueberwindung der ursprünglichen germanischen Grundsätze von der Unzulässigkeit der gerichtlichen Stellvertretung und Cession ermöglicht, womit dann

[1] Das scheint auch Brunner anzunehmen, da er von gewissen »schlichten Namenpapieren« spricht, welche nicht nothwendig »Skripturobligationen« sind (Endemann's Handbuch II S. 159, 171). Dagegen scheint dieselben zu identificiren: Stobbe, Deutsches Privatr. III § 173 (S. 136 ff.). [Stobbe-Lehmann III § 217, S. 159.]

[2] Zeitschr. XXIII S. 248 ff. und Cit.

[3] Auch darüber hinaus? So Brunner in Endemann's Handbuch II S. 189 Note 25.

[4] Vgl. z. B. C.P.O. §§ 723, 732 [neue Fassung §§ 822, 831]; Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XI S. 250, 362. Sollte auch noch gegenwärtig ein »schlichtes« Orderpapier, welches nicht zugleich »Präsentationspapier« ist (Brunner, Das französische Inhaberpapier S. 72 ff.), vorkommen?

einerseits das Niveau der römischen Beweisurkunde erreicht, andererseits aber gleichzeitig, da die Ueberwindung durch Annahme ursprünglicher Gläubigerrechte der späteren Brieferwerber erfolgte, ein viel weiter gehendes, nämlich den Cessionsstandpunkt überflügelndes Ergebniss erzielt wurde. Ebensowenig ist mit dem »Präsentationspapier« ohne Weiteres der allerdings im Geiste der germanischen Rechtsanschauung liegende Rechtssatz gegeben, dass nur an den Präsentanten mit liberirender Wirkung gezahlt werden kann — ein solcher Rechtssatz ist im germanischen Recht wohl kaum für das reine Inhaberpapier, sicher nicht für das viel häufigere Papier mit der alternativen Inhaberklausel oder für das Orderpapier zum vollen Durchbruch gelangt[1]. Höchstens im Keime aber können auf das »Präsentationspapier« als solches die den Kern des heutigen Rechts von den Order- und Inhaberpapieren bildenden Rechtssätze über den selbstständigen Rechtserwerb des weiteren Nehmers und die Ausschliessung der Einreden in dritter Hand, den Forderungserwerb durch blossen redlichen Papiererwerb u. A. m. zurückgeführt werden, wie sie denn auch Brunner auf ganz verschiedenartige Prinzipien stützt (Endemann's Handbuch II S. 163, 164, 168 ff., 189 ff., 213). Indessen dürfte hier doch ein engerer geschichtlicher wie dogmatischer Zusammenhang vorliegen. Zwischen der Formel **»gegen das Papier«** (Präsentationspapier) und der Formel **»gemäss dem Papier«** (Skripturrecht) besteht eine unverkennbare Verwandtschaft und die Zurückführung beider auf einen obersten formalen, ursprünglich sehr rohen, naturalistischen, dann aber, entgegen dem feineren spiritualistischen Prinzip des römischen Rechts, mit glücklichem Takt im Interesse des Verkehrs, namentlich des Handelsverkehrs festgehaltenen[2] Grundgedanken erscheint unabweislich. Nur bedürfen, um

[1] Vgl. z. B. Brunner: Zeitschr. XXII S. 78 ff., 55, 56.

[2] Ueber die streng formalistische Behandlung gerade im Interesse des Verkehrs, die aequitas mercatoria in diesem Sinne vgl. mein Handbuch I (2. Aufl.) S. 310. Es handelt sich um die Konservirung und Weiterführung germanischen Formalrechts. Kaum anders steht es ja mit dem Grundsatz »Hand muss Hand wahren«. Vgl. meine Abhandlung in der Zeitschr. VIII S. 246 ff., 259 und Franken, Das französische Pfandrecht I S. 267 ff., 289 ff., 300 ff.

zu einem abschliessenden Urtheil zu gelangen, die bisherigen bereits so ergiebigen geschichtlichen Untersuchungen in den bezeichneten Richtungen der Vervollständigung. —

Dass nun dem »Präsentationspapier«, auch sofern es für sich als »blosses Präsentationspapier« auftritt[1], die drei von Brunner bezeichneten Kriterien regelmässig zukommen, lässt sich nicht bestreiten. Dagegen fragt sich, ob sie ihm wesentlich, also für die Begriffsbestimmung maassgebend sind.

Selbstverständlich geräth, auch wo prinzipiell der Eintritt des Verfalltages der Mahnung gleichsteht (dies interpellat pro homine), der Schuldner nicht ohne Weiteres in Verzug, sofern nicht er zu bringen, sondern der Gläubiger zu holen hat («Holschuld«). Dieses Kriterium ist somit nicht ein selbstständiges, sondern eine nothwendige Konsequenz der sogenannten »Abholungspflicht«.

Von der letzteren aber bemerkt Brunner (in Endemann's Handbuch II S. 156), sie sei Konsequenz der »Präsentationspflicht«, nicht umgekehrt. Das Letztere trifft unzweifelhaft zu, auch wenn man die Deduktion aus Art. 91 der deutschen W.O. dahingestellt lässt; denn das »Holen« ist nicht begrifflich mit einer Präsentation der etwa über die Forderung vorhandenen Urkunde verbunden. Das Erstere ist zu bezweifeln. Es kann trotz der »Präsentationspflicht« des Gläubigers der Schuldner zum »Bringen« verbunden sein — nämlich sich mit der Leistung an einem bestimmten Ort, insbesondere auch bei dem (wirklichen oder möglichen) Gläubiger einzufinden und dort »gegen das Papier« zu leisten: sei es zufolge »Domicilirung« oder auch nur anderweitiger »Zahlbarmachung« des Papiers bei dem Gläubiger, z. B. falls der eigene Wechsel beim Remittenten, der gezogene Wechsel beim Aussteller »zahlbar« ist[2]. Ob solchenfalls schon das blosse

---

[1] Z. B. die civile Anweisung oder der civile Schuldschein auf Namen: »Gegen diese Anweisung zahlen Sie an Herrn X die Summe von . . .«, »Gegen diesen Schein (Schuldschein, Brief etc.) zahle ich an Herrn X die Summe von . . .« (auch etwa individualisirt: von . . . Kaufgeld, Darlehnsvaluta etc.).

[2] So schon Protokolle der Nürnberger Konferenz S. 588 a. E. Vgl. Mosse, Verhandl. des XV. Juristentags I S. 121. Die gleichwohl bestehende »Präsentationspflicht« hebt ausdrücklich hervor das Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts vom 4. September 1876 (Entsch. Bd. XXI S. 26). Eine »Verwandlung« ursprünglicher Holschuld in eine Bringschuld (Brunner in Endemann's Handbuch II S. 157) liegt nicht immer vor.

Nichtbringen, oder, wie das Reichs-Oberhandelsgericht annimmt, nur dann, wenn zugleich die »Präsentationspflicht« erlassen ist, den Verzug des Schuldners begründet[1], darf hier dahingestellt bleiben — man sollte aber denken, dass die durch das Nichtbringen verhinderte Präsentation in ihren Rechtswirkungen der erfolgten Präsentation gleichstehen müsse. Immerhin ist Präsentationspflicht bei Mangel der Abholungspflicht möglich, die Schuld aus dem Präsentationspapier ist somit nicht begriffsnothwendig eine Holschuld.

Auch die »Einlösungspflicht« dürfte dem Präsentationspapier nicht wesentlich sein. Besteht die »Einlösungspflicht« auch bei Papieren, welche nicht Präsentationspapiere sind: z. B. dem Orderpapier mit der Klausel »ohne Präsentation zu zahlen« (Brunner a. a. O. II S. 159), so lässt sich umgekehrt sehr wohl ein »Präsentationspapier« denken, welches nicht zugleich »Einlösungspapier« ist: nur durch eine im Wege der Präsentation erfolgende Mahnung soll der Schuldner in Verzug gerathen, ohne doch dessen Leistungspflicht von der vorgängigen oder gleichzeitigen Aushändigung (Einlösung) der Schuldurkunde abhängig zu machen.

Man würde so zur Unterscheidung wesentlicher und nur naturaler Elemente im Begriff des »Präsentationspapiers« gelangen. Als einziges wesentliches Kriterium für ein unter diesem Namen sicher abzugrenzendes Rechtsinstitut bliebe die »Präsentationspflicht« des Gläubigers, und zwar mit der einzigen wesentlichen Rechtsfolge, dass nur durch Präsentation der Schuldnerverzug und anschliessend die Leistungspflicht aus nur sekundären Zahlungsverbindlichkeiten (Regressverpflichtung) begründet wird. Dem entspräche, was auch Brunner (a. a. O. II S. 158) anerkennt, dass die Behauptung erfolgter Präsentation überhaupt, wie im Urkunden- bezw. Wechselprozess insbesondere, nur insoweit zur Klagebegründung gehört, als die Wirkungen des Verzuges oder die von primärer

---

[1] Vgl. Entsch. XXI S. 26 mit VIII S. 164 und V S. 375, VI S. 157. Die Deduktion, dass in der negativen Präsentationsklausel stillschweigend die Unterwerfung unter die gesetzlichen Verzugsfolgen enthalten sei, also eine Fiktion der Präsentation (VIII S. 164), erscheint sehr bedenklich.

Nichtzahlung abhängigen Regressverbindlichkeiten in Frage kommen[1].

Indessen wäre auch dies noch nicht völlig genau. Unter »Präsentationspflicht« will Brunner augenscheinlich nur eine »Bedingung« a. a. O. II S. 155, vgl. 158) verstehen — noch genauer wäre: eine nothwendige rechtliche Voraussetzung — für den Eintritt gewisser Rechtsfolgen. Er fügt aber hinzu (S. 155): »Der Schuldner hat seinerseits kein Recht, gegen das Anerbieten der Leistung die Aushändigung des Papiers zu verlangen und ist demgemäss, wenn nicht eine besondere Verabredung vorliegt, zu einem Anerbieten nicht verpflichtet.« Der letzte Satz ist unzweifelhaft richtig, der erste nur insofern, als ein Klagerecht auf Annahme gegen den Gläubiger nicht besteht[2]. Dagegen darf unzweifelhaft der Schuldner dem ihm bekannten Gläubiger Zahlung der fälligen Schuld gegen Vorlegung und Aushändigung des Papiers unter dem Präjudiz des Annahmeverzuges anbieten (W.O. Art. 48, Art. 98 Ziff. 6); er darf weiter, falls zur Verfallzeit die Vorlegung unterbleibt, sich durch gehörige Deposition befreien und die deponirte Summe wird an den Gläubiger nur gegen Aushändigung des Papiers gezahlt (W.O. Art. 40, 98 Ziff. 5, 6). Ob dieses Recht zur Deposition Folge des mit der unterlassenen Präsentation eintretenden Annahmeverzuges oder der blossen Ungewissheit über die Person des Gläubigers ist[3], mag zweifelhaft erscheinen. v. Hahn leugnet, dass schon an die unterlassene Präsentation sich der Annahmeverzug knüpfe, weil der Verpflichtete nur selten die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder specieller Vorschrift (W.O. Art. 40) erforderlichen Schritte, diesen Verzug herbeizuführen, machen werde[4]. Dass

[1] Verhandlungen des XV. Juristentags I S. 52, 111, II S. 140. Die entgegenstehende Ansicht kann nur aus einer anderen als der herrschenden Grundauffassung des Klagerechts und seiner Entstehung begründet werden.

[2] Dies bildet die Regel, aber nicht die ausnahmslose: F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III S. 134 ff.; Windscheid, Pandekten [auch 7. Aufl.] II § 347 Note 1. Zu weit: Kohler in Ihering's Jahrbüchern XVII S. 265 ff. Eine Annahmepflicht im weiteren Sinne ist überall anzuerkennen. S. auch Dernburg, Preuss. Privatr. [auch 5. Aufl.] II § 73.

[3] Kühne in Ihering's Jahrb. VII S. 1 ff.

[4] Kommentar zu H.G.B. Art. 289 §§ 1, 3 (2. Aufl.). Dass in Fällen dieser Art die Bereitschaft des Schuldners zur gehörigen Leistung bis auf den Nachweis des Gegentheils anzunehmen sei, erkennt er an (II S. 103).

die »Deposition« (W.O. Art. 40) nicht ein solcher Schritt ist, versteht sich: sie ist, wenn überhaupt in diesem Zusammenhange aufzufassen, nicht Voraussetzung, sondern Folge des Verzugs. v. Hahn kann also nur an das Anerbieten der Leistung denken. Es fragt sich daher, ob bei Präsentationspapieren[1] die unterlassene Präsentation für sich, auch ohne »Oblation« des Schuldners, den Annahmeverzug des Gläubigers bewirkt. Mir scheint die Frage zu bejahen. Wer nur »gegen das Papier« Zahlung fordern kann, verhindert durch Nichtvorlegung des Papiers die Leistung[2].

Nimmt man dies an, so liegt die wesentliche rechtliche Bedeutung des Präsentationspapiers als solchen in beiden Richtungen der Verzugsbegründung: positiv darin, dass nur durch Präsentation der Schuldner in Zahlungsverzug, negativ darin, dass durch Nichtpräsentation zur Verfallzeit der Gläubiger in Annahmeverzug geräth.

Dass die Verzinslichkeit der fälligen Geldschulden unter Kaufleuten aus beiderseitigen Handelsgeschäften (H.G.B. Art. 289) bei unterlassener Vorlegung des Präsentationspapiers cessirt, ist unzweifelhaft — mag man, weil sie »Verzugszinsen« sind, den zu ihrer Begründung erforderlichen Schuldnerverzug vermissen[3] oder, obwohl sie nicht Verzugszinsen sind[4], ihren Eintritt wegen Gläubigerverzugs ausschliessen[5], oder

---

[1] Bei jeder »Holschuld«? F. Mommsen a. a. O. III S. 173—175. Kohler in Ihering's Jahrb. XVII S. 401 ff. Protokolle der Nürnberger Konferenz S. 1316. Dagegen Windscheid [auch 7. Aufl.] § 345 Note 11. Ist die Schuld aus dem Präsentationspapier eine Bringschuld, so liegt in dem Bringen des Schuldners die erforderliche »Oblation«.

[2] So auch Urtheil des Obertribunals Berlin vom 18. Mai 1854 (Striethorst's Archiv XIII S. 112) »selbst im Verzuge versirt«. Vgl. Dernburg, Preuss. Privatr. II § 73 Note 10 (3. Aufl. S. 171 [5. Aufl. S. 175]).

[3] v. Hahn a. a. O. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XXII S. 305. So wohl auch Brunner (in Endemann's Handbuch II S. 156), obwohl er die hier in Betracht kommenden Zinsen neben den Verzugszinsen nennt.

[4] So unzweifelhaft nach der Quelle des H.G.B.'s Art. 289 (vgl. Motive des preussischen Entwurfs S. 110): A.L.R. II, 8 § 696. Vgl. auch Dernburg, Preuss. Privatr. II § 37 Note 11 [5. Aufl. ebendort].

[5] Für das preussische Recht nimmt das Gegentheil an: Obertribunal Berlin 1841 (Präjudiz 1029. Sammlung I S. 86). So auch Förster, Theorie und Praxis I § 105 Note 81 [7. Aufl. ebendort Note 72] und Dernburg a. a. O. § 37 a. E. Die Berufung auf A.L.R. I 11 § 111 ist nicht überzeugend.

endlich aus dem rechtlichen Grunde der gesetzlichen Zinspflicht, nämlich der jederzeitigen Möglichkeit fruchtbringender Verwendung der Kapitalien, für den Fragefall, wo der Schuldner die geschuldete Summe zur Verfügung des Gläubigers halten muss, den Wegfall der Verzinsungspflicht entnehmen. —

Es gibt endlich, was bisher in diesem Zusammenhange, meines Wissens, noch nicht berücksichtigt ist, Präsentationspapiere potenzirter Art: das sind die Sicht- bezw. Nach-(befristeten) Sicht-Papiere. Die Präsentation bestimmt hier zugleich, allein oder verbunden mit einem weiteren Umstande — bei den Nach-Sicht-Papieren — die Verfallzeit, somit insoweit auch den Inhalt der Schuld [1]. Derselbe Akt, an welchen sich die Fälligkeit der Forderung knüpft, begründet bei dem einfachen Sichtpapier, nicht bei dem befristeten, den Schuldnerverzug. Ein Annahmeverzug ohne Präsentation ist bei dem einfachen Sichtpapier undenkbar, wenngleich eine gesetzliche Begrenzung derartiger Verbindlichkeiten möglich, z. B. D.W.O. Art. 31, 32, vgl. Art. 19, 20. Die Klage aus dem Sichtwechsel ohne vorgängige Präsentation ist Klage aus nichtfälliger Schuld — die für prozessualische Zwecke vor Gericht erfolgende Vorlegung auch des Originalwechsels ist nicht die nach Zweck und Ort (W.O. Art. 91) zur Herbeiführung der Fälligkeit erforderliche Handlung [2].

III. Das fiduciarische Indossament.

Der Inhaber des Inhaberpapiers ist als Gläubiger legitimirt, aber ist nicht schlechthin Gläubiger. Denn es besteht kein Rechtssatz, dass die blosse Detention oder auch nur der blosse, nicht zum Eigenthumserwerb führende juristische Besitz eines Inhaberpapiers das Gläubigerrecht gewährt (vgl. S. 79 ff.). Würde ein solcher Rechtssatz eingeführt, so bedürfte er zur

---

[1] Vgl. dazu meine Ausführungen in dem U. des Bundesoberhandelsgerichts Bd. II S. 362 ff. und gegen Thöl, in der Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 321 ff.

[2] Anders, insbesondere aus dem nicht entscheidenden Grunde, dass eine erst im Laufe des Prozesses eintretende Fälligkeit der Schuld der Verurtheilung nicht entgegenstehe: Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. III S. 300 (der berühmte Fall der »Patria-Wechsel« — das Urtheil erging zwar auf meinen Vortrag, in dem betreffenden Punkte aber entgegen meinem Antrag), V S. 314, VI S. 422 — s. aber auch II S. 363, V S. 27 ff.

Ergänzung einer Reihe seine wesentlichen Wirkungen paralysirender Rechtssätze.

Dagegen wer im Orderwechsel — beziehungsweise in einem sonstigen wahren Orderpapier — als Remittent oder durch ein gehöriges Eigenthumsindossament (auch in blanco) als Indossatar bezeichnet ist, hat eben durch diese Bezeichnung, welche ein lediglich durch ihre Form, ohne Rücksicht auf den Grund der Begebung, ja ohne Rücksicht auf den nächsten Vertragszweck (Eigenthumsübertragung — Pfandbestellung — Bevollmächtigung etc.) der Paciscenten wirkender Rechtsakt ist, das Eigenthum an dem Papier und mit diesem die Forderung aus dem Papier erworben. Daraus ergibt sich, dass meine frühere, sich der herrschenden Theorie anschliessende Bemerkung, es könne ungeachtet eines Eigenthumsindossaments das Eigenthum des Wechsels und die Wechselforderung bei dem Uebertragenden zurückbleiben [1], dem Wesen des Indossaments nicht gerecht wird und dass »ein Dualismus formeller und materieller Gläubigerschaft« in diesem [2] Sinne für das Orderpapier nicht anzuerkennen ist. Der Rechtsakt, durch welchen Jemand als Nehmer (Indossatar) eines Orderpapiers ohne einen die Wirkung des Eigenthums- beziehungsweise Forderungserwerbs unzweideutig ausschliessenden Zusatz (»in Vollmacht«, »in Prokura«, »zur Einkassirung« u. dgl.) bezeichnet wird, mag unter Umständen ein nur fiduciarischer sein, kann aber niemals weniger sein, und äussert auch als nur fiduciarischer Akt alle Rechtswirkungen, welche ihm seiner Natur nach zukommen, vorbehaltlich der unter den Paciscenten gebotenen Ausgleichung [3]. Dass beim

[1] Zeitschr. VIII S. 326.

[2] Brunner in Endemann's Handbuch II S. 162 vgl. S. 195. Aehnlich, gegen das S. 92 Note 2 genannte Urtheil des Reichs-Oberhandelsgerichts, Dernburg, Preuss. Privatr. II § 117 Anm. 7 [5. Aufl. ebendort, Anm. 8].

[3] Auf diesen Grundsätzen beruhen die bekannten zahlreichen Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts über die Rechtsstellung des als Vollindossatar bezeichneten Mandatars, insbesondere das auf meinen Vortrag ergangene, die Prinzipienfragen untersuchende Urtheil des I. Senats vom 9. April 1872 i. S. Wierzbicki c. Fink (Entsch. Bd. VI S. 53, 54, vgl. Bd. XXII S. 173 und Citate). Dazu das allgemein wichtige Urtheil des Reichsgerichts I. Civilsenat vom 9. Oktober 1880 (Entscheidungen in Civilsachen II S. 168). Regelsberger, Archiv f. civil. Praxis Bd. 63 S. 170, 181 ff.; Kohler, in Ihering's Jahrb. XVI S. 149 ff., 346 ff.

»fiduciarischen« Geschäft der Indossatar (Remittent) Eigenthümer werde gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber dem Indossanten, verstösst wider die Fundamentalsätze unseres Rechts.

Auf diesen Erwägungen beruhte mein in der Konkurskommission des Deutschen Reichstags wiederholt gestellter Antrag, dem bisherigen Recht entsprechend, ausdrücklich die hiernach singuläre Aussonderung der nur zu Inkassozwecken indossirten Wechsel vorzuschreiben (Protokolle S. 28—32, 127—131, 163—170, 172). Es wird wohl kaum mehr bezweifelt, dass die durch den Widerspruch der Vertreter des Bundesraths bewirkte Ablehnung dieses Antrages zu einem — der feierlichen protokollarischen Erklärungen der Konkurskommission und ihres Referenten unerachtet — sehr unbehaglichen Rechtszustande geführt hat[1]. Zu hoffen steht freilich, dass der souveräne oberste Gerichtshof die Lücke des Gesetzes in entsprechender Weise ausfüllen wird.

IV. Wechselaccept und Kreationstheorie[2].

I. Die einzige[3] wenigstens anscheinende positive Stütze der »Kreationstheorie« bildet der Art. 21 der deutschen Wechselordnung. Es wird gegenwärtig, nach den sorgfältigen Aus-

---

[1] Vgl. z. B. v. Sarwey, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich 2. Aufl., S. 245 [3. Aufl. bearbeitet von Bossert S. 320]; v. Wilmowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung, 2. Aufl., S. 206, 207 [5. Aufl. S. 175, 176]. Regelsberger a. a. O. S. 187; Kohler a. a. O. S. 351 ff.; Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 2. Aufl., S. 324 Note 7 [4. Aufl. S. 334 Note 8].

[2] Auf das mir erst bei der Revision zukommende Gutachten Kuntze's in den Verhandlungen des XVI. Juristentags Bd. I S. 131 ff. kann ich nicht mehr eingehen. Ich finde nicht, dass die S. 136, 137 aufgeführten »Rechtssätze« die »Kreationstheorie« stützen.

[3] In meinen wiederholten Ausführungen gegen diese Theorie (Zeitschrift III S. 341, VIII S. 330, IX S. 63, XIII S. 345, XXIII S. 306) findet sich Zeitschr. VI S. 341 dritte Zeile von unten der Druckfehler »die« statt »der«; es muss, wie auch aus der ganzen Erörterung klar hervorgeht, heissen: »Das Richtige der Kreationstheorie liegt nicht darin, dass durch einseitigen Schriftakt der Aussteller seinen Willen gebunden hat, sondern dass er den Inhalt seines Willens und damit »der« Verpflichtung gegenüber jedem Nehmer des Papiers fixirt hat — freilich auch nur vorläufig, da eine Abänderung auch des Inhalts ihm jederzeit bis zur Begebung freisteht. — Der Aussteller sagt: falls ich wollen werde, so will ich dies — ich werde gewollt haben, sobald ich das

führungen Grawein's[1], sogar von einem entschiedenen Gegner der »Kreationstheorie« hier ein, freilich singulärer Ausnahmesatz anerkannt[2].

Obwohl ich indessen stets die Ansicht vertreten habe, dass nach der Deutschen Wechselordnung bereits mit der Niederschrift auf den Wechselbrief auch ohne Aushändigung desselben die unwiderrufliche Bindung des Acceptanten, und zwar dessen Obligirung aus dem Wechsel, nicht lediglich dessen Bindung an das Wort (Thöl, Siegel) erfolgt[3], so halte ich doch, nach wie vor, den Schluss, es bilde diese Niederschrift einen einseitig obligirenden Verpflichtungsakt, nicht den blossen Bestandtheil eines Vertragsaktes, für ungegründet.

Die unwiderrufliche Annahmeerklärung oder, was dasselbe sagen will, das unwiderrufliche Einlösungsversprechen des Bezogenen erfolgte ursprünglich mündlich auf mündliche, von der Wechselpräsentation begleitete oder nicht begleitete Anfrage, welche von dem Remittenten oder Präsentanten oder für denselben (durch öffentlichen Aufruf auf der Wechselmesse) geschah und wurde demnächst im Messwechselkonto (scartafaccio, bilan) vermerkt, auch wohl demnächst oder gleichzeitig durch den Bezogenen auf dem Wechsel; bei den nicht regulären (Aussermess-)Wechseln schon früh durch blossen schriftlichen Vermerk auf dem präsentirten oder zugesendeten Wechselbrief. Später wurde die nur mündliche oder aus Wort und Schrift kombinirte Annahme allgemein durch die nur schriftliche Annahme auf dem Wechsel und zwar mit der gleichen

---

Papier begeben habe.« Vgl. auch Zeitschrift XXIII S. 306. Auf diesem Druckfehler dürfte beruhen, dass Grawein, Die Perfektion des Accepts S. 12, 13 mir die Theorie zuschreibt, »welche die Wechselobligation durch ein einseitiges Rechtsgeschäft entstehen lässt und das konstituirende (?) Moment dieses letzteren in der Aushändigung der Wechselskriptur erblickt«.

[1] Die Perfektion des Accepts, Graz 1876. Ueber diese gediegene, mindestens Thöl's Accepttheorie an der Wurzel angreifende Monographie findet sich bei Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl., § 79 Note 5 nur folgende Bemerkung: »Das Wesentliche ist widerleglich«; schliesslich S. 176 wird empfohlen die entsetzliche gesetzliche Bestimmung: »Der Bezogene bleibt aus einem ausgetilgten Accept wechselmässig verpflichtet«.

[2] Gareis, Zeitschr. XXIV S. 313.

[3] Zeitschr. I S. 550. Eine für die Konstruktion unerhebliche und daher hier nicht zu untersuchende Frage ist, ob aus dem durchstrichenen Accept die Wechselklage bleibt oder nur civile Klage auf Wiederherstellung des getilgten Accepts stattfindet.

Rechtsfolge der Unwiderruflichkeit ersetzt[1]. Es unterliegt so keinem Zweifel, dass die Unwiderruflichkeit des einmal niedergeschriebenen Accepts ursprünglich auf der Korrespondenz von Anforderung (Anfrage) und Zusage beruhte — das ist auf einem Vertrage — es wäre zu erweisen[2]), dass gegenwärtig die schriftliche Annahme einen Vertrag nicht darstellt. Der Beweis dürfte um so schwieriger sein, als der entscheidende Art. 21 Abs. 4 der deutschen W.O. fast wörtlich dem Preussischen Allgemeinen Landrecht[3] entnommen ist: A.L.R. II, 8 §§ 997, 998, und wohl noch kaum behauptet ist, dass das altpreussische Wechselrecht auf der Kreationstheorie beruhe, auch von Anderem zu schweigen, das Gegentheil aus II, 8 § 715: »Wer überhaupt unfähig ist, Verträge zu schliessen, kann sich nicht wechselmässig verbinden (Th. I Tit. 5 §§ 9 bis 31)« und hinsichtlich des Accepts aus dem Grundsatz erhellt, dass der schriftlichen Acceptation die stillschweigende durch Behalten des vorgezeigten und eingehändigten Wechsels über Nacht durchaus gleichsteht (II, 8 § 993).

Es ist von dem Normalfall des zur Annahme präsentirten oder eingesendeten und wie trassirt (pure) schriftlich

---

[1] Grawein a. a. O. S. 84 ff., vgl. mit Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen S. 46, 49, 87, 108 ff., 231 ff.; Endemann, Studien in der romanistisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre I S. 175 ff., 205 ff., 318 ff.; Zeitschrift VI S. 338 (Goldschmidt), XXII S. 32 (Brunner), XXIII S. 174, 175 (Lastig).

[2] In dem Satze Grawein's (S. 88): »Zur Entdeckung des Unterschieds, dass früher zur Zeit der Vornahme des Schriftvermerks die Voraussetzungen zu einem perfekten Vertrage vorhanden waren, während nun eine zwar geschriebene aber nicht abgegebene Willenserklärung vorlag, hätte bei dem damaligen Stande der Rechtswissenschaft ein romanistisch gebildetes Auge gehört (dessen, wie weiter bemerkt wird, sich nur Wenige erfreuten)«, ist der Vordersatz bis »waren« unzweifelhaft richtig, der Nachsatz »während — vorlag« petitio principii, der in Parenthese gesetzte Satz schwerlich zutreffend.

[3] Dass die Motive zu § 21 des preussischen Entwurfs sich zugleich auf Art. 121 des Code de commerce berufen, welcher nicht die Verbindlichkeit des geschriebenen, sondern des rechtsgiltig ertheilten, d. h. nach französischer Auffassung erst des begebenen Accepts feststellt (chi accetta paga), zeigt nur, dass die Verfasser des Entwurfs die Frage von dem Moment und von der Wirkung der Perfektion nicht auseinander gehalten haben; auch die beiläufige Aeusserung des Entwurfsverfassers als Referenten der Leipziger Wechselkonferenz über den Moment der Perfektion ist für die Auslegung von geringem Gewicht. Vgl. Grawein S. 23 ff., 38.

angenommenen Wechsels auszugehen. Nicht allein, weil anzunehmen ist, dass die Rechtsregel mit Hinblick auf diesen regelmässigen Fall aufgestellt ist, daher so erklärt werden darf und muss, wie sie für diesen Normalfall sich am ungezwungensten erklärt[1], sondern auch aus dem kaum minder wichtigen Grunde, dass der gleiche Rechtssatz für aussergewöhnliche Fälle, sofern er überall für diese gelten will, sehr wohl aus eigenthümlichen Gründen gegen das Prinzip gelten kann. Dies mag doch hervorgehoben werden gegenüber einer gerade neuerdings sehr verbreiteten Neigung, aus aussergewöhnlichen oder gar anomalen, mindestens aber nur sekundären Erscheinungsformen die rechtliche Natur eines Instituts zu erschliessen, z. B. aus der Tratte an eigene Order[2] oder aus dem trassirteigenen Wechsel zu entnehmen, dass in der Formel auch der Normaltratte: »Zahlen Sie gegen diesen Wechsel« ein Auftrag im Rechtssinne nicht enthalten sei. Wer die Typen nicht festhält, läuft Gefahr, durch maasslose Abstraktion inhaltslose Begriffsschemen zu konstruiren oder doch die einer besonderen Art des Gattungsinstituts (z. B. derjenigen wirklichen Art der »Versicherung«, welche wir Lebensversicherung nennen) eigenthümlichen Rechtssätze zu generalisiren, wenn nicht gar aus einer nur vermeintlichen Art unrichtige Schlüsse auf die Natur des Gattungsinstituts (z. B. vom sogenannten »literarischen Eigenthum« auf die Natur des Eigenthums) zu ziehen[3].

Wäre anzunehmen, dass der Rechtssatz, »das einmal niedergeschriebene, wenngleich nicht ausgehändigte oder vor der Aushändigung durchstrichene Wechselaccept obligirt aus dem Wechsel«[4], lediglich auf Zweckmässigkeitsgründen be-

---

[1] L. 3—6 D. de leg. (1, 3). Insbesondere: Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur. Nam ad ea debet potius aptari ius, quae et frequenter et facile quam quae perraro accidunt. Der Satz gilt nicht allein für die Gesetzgebung, sondern auch für die Auslegung (Feststellung) des Gesetzten.

[2] So z. B. v. Salpius, Novation und Delegation S. 464, welcher die Tratte an eigene Order sogar für die heutige »Grundform« des Wechsels erklärt.

[3] So z. B. A. Wagner, Allgemeine Volkswirthschaftslehre (1876) I § 281 ff.

[4] Dass zwar die grossen Gruppen des englischen (s. jetzt das neue engl. Wechselgesetz, 1882 [der Zeitschrift Beilageh. zu Bd. XXVIII S. 21]) und französischen und des unveränderten spanischen Rechts entgegenstehen, aber doch

ruhte, insbesondere behufs Abschneidung der allerdings gefährlichen Kollusionen zwischen dem Acceptanten und dem dermaligen Wechselinhaber, so fände die Kreationstheorie in demselben keine prinzipielle Stütze, da sich die Möglichkeit ausnahmsweise gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich als rechtswirksam anerkannter blosser Kreationsakte ja nicht bestreiten lässt. Man darf aber anerkennen, dass der betreffende Rechtssatz noch innerhalb des regelmässigen Rechts steht und gleichwohl leugnen, dass derselbe auf die Kreationstheorie führe.

Wer eine Tratte zur Annahme vorlegt (einsendet), begehrt deren Annahme — gleichviel ob er dies in eigenem Interesse oder im Interesse eines Dritten thut (W.O. Art. 18: »Der blosse Besitz des Wechsels ermächtigt zur Präsentation des Wechsels«). Das Begehren geht auf schriftliche Annahme (W.O. Art. 21 Abs. 1: »Die Annahme des Wechsels muss auf dem Wechsel schriftlich geschehen«). Wer auf den zur Annahme vorgelegten (eingesendeten) Wechsel sein Accept setzt, thut, was von ihm begehrt wird, entspricht thatsächlich (re, hier scriptura) dem an ihn gestellten Begehren (dem Antrag, zu acceptiren). Dem feierlichen oder formlosen spondesne? entspricht das schriftliche spondeo. Das blosse schriftliche spondeo (Accept — auch durch blosse Namens- oder Firmenniederschrift) auf dem Wechsel ist die begehrte Annahme (W.O. Art. 21 Abs. 2, 3). Durch diese Annahme wird ein »Wechselvertrag« geschlossen, nicht ein »Wechselvorvertrag«[1]: durch diese Niederschrift wird nicht dem Präsentanten oder dessen Machtgeber versprochen, einen acceptirten Wechsel aushändigen zu wollen, sondern es wird zu Gunsten des gegen-

schon früh in zahlreichen Gesetzen, insbesondere auch im holl. H.G.B. Art. 119 der gleiche Satz anerkannt ist, s. Grawein S. 75 ff. Unter den neuesten Gesetzen und Entwürfen schliessen das schweizerische Obligationenrecht (1881) Art. 740, die skandinavische Wechselordnung (1880) Art. 21 und der Entwurf einer Wechselordnung für das russische Reich (1882) § 34 Abs. 2 sich dem richtig verstandenen deutschen Recht, unter ausdrücklicher Entscheidung der Streitfrage an; ebenso die Regel Nr. 14 des internationalen Wechselrechtsprojekts. Dagegen das italienische Handelsgesetzbuch (1882) Art. 265 (neueste Fassung) lässt bis zur Begebung Durchstreichung zu, während das belgische Wechselgesetz (1872) Art. 11 Abs. 3 in eigenthümlicher Weise vermittelt, aber doch mehr auf dem Boden des französischen Rechts steht.

[1] So nach der deutschen W.O., Thöl, Wechselrecht (4. Aufl.) § 79 Note 3. Dagegen richtig Grawein S. 113 ff.

wärtigen Wechselgläubigers wie dessen etwaiger Vormänner, selbstverständlich auch der etwaigen Nachmänner, ein Accept gegeben. Ein Vertrag: denn es ist ein zwar noch vereinzelt bestrittener, aber nichtsdestoweniger unzweifelhaft feststehender Grundsatz, dass diejenige Annahme eines Antrags, durch welche der Vertrag zu Stande kommt, nicht nothwendig durch eine dem Antragsteller gegenüber abgegebene Erklärung (in Worten, durch Schriftaushändigung u. dgl.) zu erfolgen braucht, sofern eine anderweitige Art der Annahme, insbesondere eine Annahme durch (nicht einmal nothwendig sofortige) Ausführung in dem erklärten oder erkennbaren, insbesondere nach der Natur des Verhältnisses verständigerweise zu unterstellenden Willen des Antragenden liegt[1].

Dass dies sich beim Accept so verhält, hat bereits Liebe[2] treffend hervorgehoben, wenngleich seine Formulirung nicht ganz einwandsfrei ist. Das Entscheidende aber ist doch: »Andere schriftliche Versprechen, selbst Wechsel, werden freilich noch nicht durch das blosse Schreiben bindend, sondern nur dadurch, dass der Versprechende seine Schrift dem Andern ausliefert. Bei der Acceptation hat aber der Acceptant keine

---

[1] Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. XVIII S. 246, vgl. XIV S. 301 und namentlich des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. II S. 43. Richtig schon, wenngleich nicht immer in zutreffender Begründung, z. B. v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts II S. 312; v. Hahn, Kommentar zu H.G.B. Art. 319 § 13 (2. Aufl. II S. 206 ff.); Sohm, in der Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 91 ff., 105 ff. und Citate; Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 123 ff. (mit eigenthümlichen Beschränkungen und nicht für unseren Fall); schweiz. Obligationenr. Art. 5 S. 3, Art. 8 S. 2; ital. H.G.B. Art. 36. Noch weiter, für jede durch stillschweigende Willenserklärung erfolgende Annahme: Windscheid, Pandekten II § 306 a. E. [7. Aufl. ebendort]; Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 232, 235, u. A. m. Dagegen freilich Thöl, Handelsrecht § 239 Note 6; allein weder ist richtig, dass der Antragsteller immer eine »Antwort« erwartet oder erwarten darf, noch dass die »Anzeige« von der erfolgten Perfektion (Ausführung), welche er häufig erwartet oder auch erwarten darf, diejenige »Antwort« ist, durch welche der Vertrag zur Perfektion gelangt: die Gefahr der rechtzeitigen Ankunft jener Anzeige trifft an sich nicht den Annehmenden, sondern den Antragsteller.

[2] Allg. D.W.O. mit Erläuterungen (1848) S. 95, 96. Aehnlich und noch schärfer deutet Holtius, Voorlezingen over handels- en zeeregt I bl. 322 darauf hin, dass die Zeichnung des Accepts die Annahme des der römischen stipulatio entsprechenden, in der Präsentation liegenden Vertragsantrages sei.

eigene Urkunde auszustellen und auszuliefern, sondern sich über ein bestimmtes, ihm im Wechsel vorgelegtes Verhältniss zu erklären und zwar schriftlich zu erklären. Gibt er diese Erklärung, so ist seine Verbindlichkeit perfekt und unwiderruflich.« Auch die Gegner können sich der Anerkennung der Grundverschiedenheit von Accept und sonstigen Wechselrechtsakten nicht entziehen. Wenn freilich dieselben die Erklärung darin suchen, dass das Accept eine Ergänzung des einem Dritten gehörigen Papiers sei, in dem Ausstreichen des Accepts somit ein unstatthafter Eingriff in das fremde Papier liege (Kuntze, Wechselrecht S. 303 Note 5; ähnlich Grawein S. 46, 47, 166), so ist die Heranziehung des Eigenthums an dem Stück Papier verfehlt, der juristische, nur nicht erfasste Kern der Deduktion aber der obige, dass das zu restituirende »Papier« eben eine schriftliche Annahmeerklärung aufnehmen soll und aufnimmt. Dernburg, Preuss. Privatr., II § 257 (3. Aufl. S. 749 [5. Aufl. S. 792]) meint, dass die einseitige Willenserklärung, im Unterschiede von anderen gleichfalls als Kreationsakte anzusehenden Wechselrechtsakten (eod. § 267, 3. Aufl. S. 771 [5. Aufl. S. 818]), hier darum schon mit der blossen Niederschrift die perfekte Obligation hervorrufe, weil der Gläubiger bereits durch das Papier legitimirt sei. Wird aber dadurch, dass *X* als Gläubiger von *A*, *B*, *C* (Trassant, Indossanten) legitimirt ist, *X* auch zum Gläubiger des *D* (Acceptanten)? Das wäre eben zu erweisen. Der Satz: »Die Gläubiger existiren hier bereits bei der Niederschrift des Accepts und erhalten durch dieselben (soll heissen: dieselbe) konsequentermaassen Rechte auch ohne Wissen und Willen« enthält die petitio principii; er dürfte richtiger so lauten: *X* (welcher bereits Gläubiger von *A*, *B*, *C* ist) will, wie der Wechsel ergibt, durch blosse Niederschrift der Annahmeerklärung Gläubiger des Trassaten (demnächstigen Acceptanten) *D* werden — diesem Willen gemäss wird er es durch die Ausführung seines Vertragsantrags. —

Wenn Grawein S. 118 ff. hiergegen, zum Theil im Anschluss an Jolly und Kuntze, einwendet, dass dies allenfalls der »strengen Aeusserungs«- oder der »Ausführungs«-Theorie, nicht aber den übrigen für den Vertragsschluss unter Abwesenden aufgestellten Theorieen entspreche, so übersieht er ein Doppeltes: Einmal, dass in unserem Normalfall

regelmässig nicht einmal ein Vertrag unter Abwesenden, sondern unter Gegenwärtigen in Frage steht: falls nämlich, wie gewöhnlich, das Accept unmittelbar auf die Präsentation geschieht. Sodann, dass weder für die »Aeusserungs-«, noch für die »Empfangs-«, noch für die »Vernehmungs-Theorie« da ein Raum ist, wo nicht Annahmeerklärung gegenüber dem Antragsteller, sondern Annahme des Vertragsantrages durch Ausführung gewollt ist; es bedarf daher keiner Untersuchung, ob die verbindende Kraft des nur niedergeschriebenen Wechselaccepts mit einer dieser Theorieen verträglich ist: die Annahme durch Ausführung gehört nicht unter die Annahmeerklärungen, sondern steht in ihrem Bereiche koordinirt neben denselben. —

Ausserhalb des Normalfalles steht das Accept eines nicht zur Annahme vorgelegten (bezw. eingesendeten) Wechsels und das Accept eines zur Annahme vorgelegten blossen Wechselblanketts.

Ob in dem letzten Falle Art. 21 Abs. 4 der W.O. Platz greift, ob somit der Wechselnehmer ein derartiges zwar acceptirtes, aber mit durchstrichenem Accept ihm wieder ausgehändigtes Blankett mit der Wirkung ausfüllen, d. h. zu einem formgerechten Wechsel machen kann, dass er selbst oder ein anderweitiger Wechselnehmer den »Acceptanten« aus dem Accept, bezw. auf Wiederherstellung des Accepts belangen darf, ist mindestens höchst zweifelhaft[1]; der Bejahung könnte allenfalls die Annahme zu Grunde liegen, dass — vorbehaltlich der exceptio doli wegen vertragswidriger Ausfüllung — das später formgerecht ausgefüllte Blankett in allen Beziehungen dem schon bei der Acceptirung formgerechten Wechselbrief gleichstände.

Anlangend den ersten Fall, so bliebe zunächst zu erweisen, dass in der älteren oder neueren Praxis der Rechtssatz des Art. 21 Abs. 4 der W.O. jemals auch auf das Accept eines nicht zur Annahme vorgelegten (eingesendeten) Wechsels ausgedehnt worden sei. Indessen könnte immerhin zugegeben

---

[1] Für wirkungslos hält das durchstrichene Blankoaccept z. B. Hartmann, Das deutsche Wechselrecht S. 322 a. E. Vgl. auch meine Abhandlung in der Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 331. Dahin dürfte auch die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. II S. 89 führen, vgl. Dernburg, Preuss. Privatr. II § 267 Note 9 [5. Aufl. ebendort].

werden, dass das Accept auch unter dieser Voraussetzung im Sinne des Art. 21 Abs. 4 der W.O. wirkt, oder, um mit Grawein zu sprechen, dass es nicht »eines gestum zwischen dem Bezogenen und einem einzelnen Interessenten, dessen Vorhandensein aus dem Wechsel in keiner Weise erhellt,« bedürfe; es würde sich nur fragen, aus welchen Gründen.

Von den zur Illustration konstruirten Fällen[1] mag der letzte, bei welchem, nach Grawein, »selbst die kühnste Phantasie einen Vertrag nicht zu konstruiren vermöge«, voraufgenommen werden.

1. Der Bezogene acceptirt die auf dem Wege des Indossaments erworbene Tratte. Seine unwiderrufliche Bindung durch blosse Niederschrift würde sich sehr einfach aus den in Trassirung und beziehungsweise Indossirung unzweifelhaft liegenden Aufträgen resp. Anträgen zur Acceptation der Tratte erklären, welche keineswegs dadurch erloschen sind, dass die Tratte an den Bezogenen indossirt ist; alle früheren Wechselverbundenen bleiben trotzdem in der Kette, nicht allein als Wechselschuldner, sondern auch als mögliche Wechselgläubiger[2], und es liegt ja unzweifelhaft das Wechselaccept im Interesse sowohl der Wechselschuldner (Regresspflichtigen) wie auch der (möglichen) Wechselgläubiger.

2. *B* besucht den *A* und findet in dessen Abwesenheit auf dessen Schreibtische eine bei diesem eingelaufene, auf *B* gezogene, dem *A* von einem Geschäftsfreund zur Präsentation bei *B* eingesendete Tratte liegen; um Zu- und Rücksendung des Wechsels zu ersparen, setzt *B* ohne Weiteres sein Accept auf denselben. Angenommen nun, dass *B* in der That aus diesem Accept auch dann obligirt wäre, falls er dasselbe, noch bevor *A* von der erfolgten Acceptirung irgend welche Kenntniss erlangt, durchstrichen hätte, so liesse sich entweder vom Standpunkt der Vertragstheorie aus sagen, dass *B* den zu seiner Kenntnissnahme bestimmten Vertragsantrag als negotiorum gestor des *A* zu seiner Kenntniss gebracht und dem-

[1] Grawein S. 123 ff.

[2] Ihr Wiedereintritt ist nur an eine rechtliche Voraussetzung geknüpft: S. namentlich Plenarbeschluss des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 21. Juni 1878 (Entsch. XXIV S. 1 ff.). Dies erkennt auch Dernburg an a. a. O. [auch 5. Aufl.] § 271.

nächst denselben durch sein Accept angenommen hat[1]; oder man dürfte sagen, es sei unbedenklich, das Gesetz, obwohl es nur die vertragsmässige Acceptation trifft, analog in einem Falle zur Anwendung zu bringen, wo der Bezogene sich augenscheinlich in gleicher Weise habe binden wollen, als ob ihm der Wechsel zum Accept vorgelegt worden wäre.

3. Die auf *X* gezogene Tratte wird von dem Indossatar *A* an *B* indossirt und im Auftrage des *B* an dessen Bankier *X* übergeben; *X* acceptirt die in seinen Händen befindliche Tratte.

Grawein vermisst den »Vertrag« aus zwei Gründen: Einmal, weil der in der Tratte liegende Zahlungsauftrag nicht zugleich den Antrag zum Acceptiren in sich schliesse — das Gegentheil ist richtig, wie vorlängst Unger[2] nachgewiesen hat und schon aus dem Dualismus von Präsentation und Regress zur Annahme bezw. wegen Nichtannahme und von Präsentation und Regress zur Zahlung bezw. wegen Nichtzahlung folgt. Sodann, weil X auch dann obligirt würde, wenn die Tratte gefälscht wäre. Das ist richtig, weil es genügt, dass auch nur ein Zahlungsauftrag (bezw. Antrag zum Acceptiren) vorliegt — ein solcher kann in dem echten Indossament liegen, ungeachtet die Tratte falsch oder gefälscht ist. Wären freilich alle Tratten (die Tratte und alle Indossamente) falsch, so entstünde zunächst aus dem Accept keine Verpflichtung; würde aber der acceptirte Wechsel weiter begeben, so würde nun X den weiteren Nehmern aus seinem Accept haften, aber nicht kraft seines, wenn auch nur einseitig erklärten Willens, sondern kraft singulärer Gesetzesvorschrift im Interesse des Verkehrs: D.W.O. Art. 75[3].

---

[1] Diese Verbindung zweier Funktionen in einer Person, zumal im Interesse lediglich des Gläubigers, unterliegt juristisch keinerlei Bedenken.

[2] Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 73 ff.

[3] Die Gesetzesvorschrift beruht keineswegs allein, wie häufig angenommen wird, auf dem allerdings wichtigen Prinzip der »Selbständigkeit« eines jeden Wechselakts. Denn ein solcher Acceptant ist gar nicht »Trassat« — die allgemein abgelehnte Konsequenz würde ja andernfalls mit sich bringen, dass jeder Nichttrassat wirksam acceptiren, d. h. aus seinem Accept verpflichtet würde. Das positive Recht von den Wirkungen der Wechselfälschung beruht überwiegend auf den die Rechtslogik durchbrechenden Verkehrsinteressen und erklärt sich daraus auch die Divergenz der Gesetzgebungen (vgl. z. B. meine Abhandlung in der Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 317 ff. und Grawein a. a. O.

Höchst singulär sind endlich die Grundsätze über das limitirte Accept, in welchen die gegnerische Ansicht von jeher eine Hauptstütze gefunden zu haben glaubt [1]. Zugegeben wird von den Gegnern, dass die Haftung des Bezogenen aus dem Theilaccept mit der Vertragstheorie vereinbar sei; geleugnet, dass dessen Haftung aus dem anderweitig beschränkten und demnächst noch vor der Aushändigung durchstrichenen Accept sich mit dieser vereinigen lasse.

Nun mag freilich richtig sein, dass wer 1000 will, auch das Minus von 500 wolle; dass dagegen wer 1000 zum 1. Februar in London will, nicht auch schlechthin 1000 zum 1. März oder in Petersburg oder nur unter Abrechnung einer Gegenforderung (Acceptklausel: »an mich selbst zu zahlen«) oder gar unter einer wahren Bedingung [2] wolle. Gleichwohl

---

S. 93). Anders verhielte es sich, wenn der »Zahlungsauftrag« in der Tratte blosses »Motiv zur Uebernahme der Wechselverbindlichkeit Seitens des Bezogenen« wäre (Jolly, Archiv für Wechselrecht II S. 180) — dann würde sich zwar nicht an der vollen Einseitigkeit des Acceptationsaktes zweifeln lassen, müsste aber auch der Nichttrassat wirksam »acceptiren«; es kann also auch nicht, wie Grawein meint, der Art. 75 lediglich als äusserste Konsequenz aus der »Abstraktheit der Wechselobligation« erscheinen. Für die Verpflichtung dem Remittenten gegenüber vertritt auch Thöl (Wechselrecht §§ 170, 172) das Gegentheil des Art. 75 der deutschen W.O. — den Mangel jedes »Zahlungsauftrags« unterstellt er wohl nicht.

[1] Jolly, Kritische Vierteljahrsschrift III S. 551; Kuntze, Wechselrecht S. 299 und sonst; Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 136 ff. Grawein S. 122; Dernburg, Preuss. Privatr. II § 257 (3. Aufl. S. 748 [5. Aufl. S. 791]); Stobbe, Deutsches Privatr. III § 171 Note 24 [Stobbe-Lehmann III § 219 Note 38].

[2] Ist das wirklich bedingte Accept, z. B. »falls ich bis zum 1. Februar Deckung erhalten habe«, »falls meine Tochter heirathet«, überhaupt giltig? Die Frage wird bejaht vom Obertribunal zu Stuttgart (Seuffert's Archiv XV Nr. 55), verneint u. a. vom Obersten Oesterreichischen Gerichtshof (Borchardt, Deutsche W.O. 8. Aufl. Zus. 105 c. d. 334). Nach dem Wortlaut des Art. 21 Abs. 2 »nur unter gewissen Einschränkungen« und Art. 22 Abs. 2 »andere Einschränkungen« könnte man die Frage bejahen, und es ist auch zuzugeben, dass sowohl in den Motiven des preussischen Entwurfs wie in den Verhandlungen der Leipziger Konferenz nicht unterschieden, ja sogar auf andere »Bedingungen« als die Modifikation von Zahlungszeit oder Zahlungsort hingewiesen worden ist, wenngleich immerhin betont wurde, dass es sich in der Hauptsache nur um dergleichen Limitationen handle. Aber entgegen steht doch der Zusammenhang des ganzen Gesetzes. Denn jede wahre Bedingung macht die Verfallzeit des Wechsels zu einer ungewissen, gegen den schlechthin durchgreifenden Grundsatz, dass solche Ungewissheit ausschliesslich in Form der

steckt schon in dem ersten Satze insofern eine Singularität, als der Wechselinhaber — gegen die Regel des bürgerlichen Rechts — Theilaccept, wie Theilzahlung, nicht zurückweisen darf, im Interesse der so theilweise befreiten Regresspflichtigen: W.O. Art. 22 Abs. 1, Art. 25, 29 — Art. 38, 39 Abs. 2, Art. 50 Ziff. 1.

Noch augenscheinlicher ist die Singularität des zweiten Satzes[1]. Der Wechselinhaber wird durch das beschränkte Accept, welches nicht blosses Theilaccept ist, selbstverständlich an dem vollen Regress mangels Annahme nicht verhindert: W.O. Art. 22 Abs. 1, Art. 25; er darf also das limitirte Accept so behandeln, als ob kein Accept erfolgt wäre und gleichwohl aus diesem limitirten Accept den Acceptanten nach Maassgabe seines Accepts in Anspruch nehmen. Ein derartiges limitirtes Accept gilt hiernach, auch wenn es undurchstrichen an den Präsentanten abgegeben ist, nur insofern als wahres Accept, als aus demselben der Acceptant haftet, nicht aber, insofern es den doch nur für den Fall der Nichtannahme statthaften Regress beschränkt. Mit anderen Worten: das Gesetz gewährt dem Wechselinhaber ein auch durch unzweifelhaften Vertrag gar nicht zu gewährendes Recht: ein Recht aus dem Accept, welches gegenüber anderen Wechselinteressenten als Nichtaccept behandelt wird. Der Zweck des Gesetzes ist klar: um die Macht des Wechselgläubigers zu verstärken und insoweit, als diesem Zwecke dient, wird das Nichtaccept als Accept behandelt, somit — wie sonst — auch das durchstrichene Nichtaccept als undurchstrichenes Accept. Ja vom Standpunkte dieses Gesetzes aus lässt sich sogar das Vorhandensein eines Acceptationsvertrages gar nicht

---

Sichtklausel (der einfachen oder befristeten) statthaft ist. Das Wechselaccept aber kann nicht giltig enthalten, was der primäre Wechselbrief (die Tratte) nicht enthalten darf. Anderenfalls würde ein Accept auch giltig dahin lauten: Nicht 1000 Mark (wie trassirt), sondern x Hektoliter Weizen, 1 Araberhengst u. dgl. An dergleichen »Beschränkungen« ist eben nicht gedacht worden. Vgl. die S. 107 Anm. 1 ff. citirten Protokolle.

[1] Anders Thöl, Wechselrecht § 85 I a. E. (4. Aufl. S. 297). Mit der Ausführung im Text scheint wohl auch Kuntze zu stimmen, wenn derselbe Wechselrecht S. 90 das limitirte Accept als ein (theilweise) gewährtes Accept hinsichtlich des Acceptanten selbst, als (theilweise) verweigertes Accept hinsichtlich des Regresspflichtigen bezeichnet.

bezweifeln: der Präsentant will, wenn nicht illimitirtes Accept zu erlangen sein sollte, lieber ein limitirtes Accept als gar keines, also eventualiter das erste, da dasselbe ihm niemals schaden, sondern nur nützen kann; es ist somit eventualiter ein solches begehrt, und dieser Antrag wird — wie sonst — durch Ausführung angenommen.

Dies wird bestätigt auch durch die gerade hier so auffallende Divergenz der Gesetzgebungen und durch die Entstehungsgeschichte des Art. 22.

Während zahlreiche, darunter gerade die einflussreichsten älteren deutschen Wechselordnungen[1], eine anders als durch Theilaccept bewirkte Limitation als gar nicht geschrieben behandeln, somit das Accept als illimitirt ansehen — erklären andere Wechselgesetze, darunter der Code de commerce Art. 124 (vgl. schon Ordonnance du commerce von 1673: »Les acceptations sous condition passeront pour refus«), ein derartiges limitirtes Accept für ungiltig[2] — stellt endlich, mit anderen älteren Wechselordnungen, das A.L.R. II, 8 §§ 1014—1017 sich konsequent auf den Boden der Vertragstheorie: der Wechselinhaber braucht das so limitirte Accept nicht anzunehmen; lässt er es sich aber gefallen, so verliert er den Wechselregress gegen die Vormänner. Die geltende Deutsche Wechselordnung adoptirt ein viertes System, welchem unter den neuesten Gesetzen und Entwürfen nur wenige, wie das schweizerische Obligationenrecht Art. 741 und das italienische Handelsgesetzbuch (1882) Art. 266 (a. E.), sich angeschlossen haben — während andere, welche sonst wesentlich auf der Grundlage der Deutschen Wechselordnung stehen, dem französischen System gefolgt sind: belgisches Wechselgesetz (1872) Art. 15, und völlig unzweideutig: skandinavische Wechselordnung (1880) Art. 22, Entwurf einer Wechselordnung für

[1] Dazu, komplicirt, N. engl. W.G. 1882 S. 19. 44.

[2] S. Treitschke, Encyklopädie I S. 105—107, auch Grawein, S. 154, 155; neuere Wechselgesetze bei Wächter, Encyklopädie I S. 58 ff. Der Wortlaut einzelner Gesetze gibt keinen unzweifelhaften Sinn, doch wird z. B. das Holländische H.G.B. Art. 120 «De acceptatie mag niet onder eene voorwarde gedaan worden« im Sinne des Code de commerce Art. 124 verstanden — s. aber auch die Einschränkungen bei Holtius, Voorlezingen I bl. 313 ff.; dagegen Kist, Beginselen van handelsregt II (2. Auflage) bl. 151.

das Russische Reich (1882) Art. 33 vgl. 37, 45. Die Bestimmung des Preussischen Landrechts ist übrigens um so bemerkenswerther, als dasselbe gleichzeitig das durchstrichene Accept für wirksam erklärt. — In der Leipziger Wechselkonferenz wurde nun ursprünglich der § 24 des preussischen Entwurfs, welcher Theilaccept und anderweitig limitirtes Accept gleichmässig für verbindend erklärt, dem Inhaber aber in beiden Fällen den vollen Regress gegen die Vormänner gewährt (fünftes System), abgelehnt und mit erheblicher Mehrheit beschlossen, nur das Theilaccept solle verbindlich, somit auch für den acceptirten Betrag der Regress ausgeschlossen sein, jede andere Limitirung des Accepts als nicht geschrieben gelten [1]. In einer späteren Sitzung wurde anerkannt, dass die Benennung eines anderweitigen Zahlers (sogen. »Domiciliaten«) am Zahlungsorte durch den acceptirenden Bezogenen eine statthafte Limitirung des Accepts enthalte [2]. Eine nochmalige eingehende Berathung [3] stellte dann wieder die stärksten Meinungsverschiedenheiten heraus. Es wurde, wie schon in der ersten Lesung, obwohl mit Modifikationen, beantragt, jede Limitirung des Accepts, welche nicht ausweislich gehörigen Protestes [4] vorgängig gestattet oder nachträglich koncedirt sei, für nicht geschrieben zu erklären (Behn-Altona); von anderer Seite: dem Theilaccept eine Limitirung hinsichtlich der Zahlungszeit gleichzustellen (Camphausen — aber unter Widerspruch mehrerer kaufmännischer Mitglieder); von dritter Seite: das limitirte Accept mit Ausnahme des Theilaccepts für ungültig zu erklären (Heisler-Wien); von vierter Seite: das Theilaccept für wirksam, alle anderweitigen Limitirungen für nicht geschrieben zu erklären (Einert); von fünfter Seite: Aufrechterhaltung der ursprünglich gefassten Beschlüsse. Das Ergebniss der schliesslichen

---

[1] Protokolle der X. und XI. Sitzung (Leipziger Ausgabe S. 46—51. Thöl's Ausgabe S. 50—55).

[2] Protokolle der XVI. Sitzung (Leipziger Ausgabe S. 87. Thöl's Ausgabe S. 93).

[3] Protokolle der XXIX. Sitzung (Leipziger Ausgabe S. 196—200. Thöl's Ausgabe S. 209—213).

[4] Die Wichtigkeit derartiger Konstatirung zur Verhütung von Kollusionen durch nachträgliche Acceptlimitirung liegt auf der Hand. S. auch Grawein a. a. O. S. 150 ff., 167.

Abstimmung war die Wiederherstellung des preussischen Entwurfs; ob nur um deswillen, weil kein anderes System Aussicht auf Annahme hatte, oder aus maassgebenden Gründen, erhellt nicht. Im Protokoll ist nur bemerkt, dass die preussischen Abgeordneten «die Annahme des im § 24 des Entwurfs aufgestellten Grundsatzes im Allgemeinen, eventuell wenigstens in Anwendung auf Bedingungen, welche die Verfallzeit betreffen«, befürworteten.

Diese merkwürdigen Schwankungen und eine grosse Anzahl denkbare Lösungen vertretender Anträge zeigen deutlich, wie wenig man sich auf dem Boden prinzipieller oder auch nur schlechthin durchgreifender praktischer Erwägungen bewegt hat; die schliessliche Entscheidung erklärt sich am ehesten vom kaufmännischen Standpunkte aus, insofern der Wechselinhaber so den geringsten Nachtheil hat, dem limitirt Acceptirenden aber durch Festhalten an seiner Erklärung kein Unrecht geschieht.

Dies dürfte genügen, um jeden Schluss aus der Wirksamkeit des limitirten (gleichviel ob undurchstrichenen oder durchstrichenen) Accepts auf die Einseitigkeit des Acceptationsaktes (Verpflichtung durch Kreation) zu beseitigen. —

II. Einen sehr entschiedenen Vertreter hat die »Kreationstheorie« in Dernburg gefunden. Er leitet aus derselben insbesondere her, dass »die in dem Papier beurkundete Obligation auch zur Geltung kommt, wenn die Papiere dem Aussteller gestohlen wurden und in die Hand des bona fide Erwerbers kommen«, und er meint, dass »die Praxis hieran nicht zweifeln wird« [1]. Dies, behauptet er, sei anerkannt vom Reichs-Oberhandelsgericht Bd. XVII S. 150 ff. der Entscheidungen und er leugnet, dass entgegenstehe die Entscheidung Bd. XIX S. 33. Beides, wie mir scheint [2], ohne Grund.

Zunächst waren in dem ersten Falle die betreffenden Inhaberpapiere (Hypothek-Obligationen) dem Aussteller nicht gestohlen, sondern von dessen mit der Emission beauftragten Sachführer widerrechtlich, nämlich nach erfolgtem

---

[1] Lehrbuch des preussischen Privatrechts Bd. II § 12 (2. Aufl. Note 14; 3. Aufl. Note 15 [5. Aufl. Note 16]).

[2] Dies ist bereits von mir hervorgehoben Zeitschr. XXIII S. 307.

Widerruf des Emissionsauftrages, begeben, um deren Erlös im eigenen Nutzen zu verwenden, also veruntreut. Ob nicht in einem derartigen Falle, in wenigstens analoger Anwendung des Grundsatzes »Hand muss Hand wahren« auch auf derartige »Sachen«, der redliche Erwerber geschützt werden müsse, mag hier dahingestellt bleiben[1]. Jedenfalls stützt der oberste Gerichtshof seine entsprechende Entscheidung nicht darauf, dass der Aussteller bereits durch die »Kreation« obligirt gewesen sei; er verwirft weiter ausdrücklich die Haftung ex culpa, deducirt vielmehr, dass der Natur der Sache nach nothwendig den Aussteller von Inhaberpapieren die Gefahr treffe, um welche es sich hier handle, und dass er schon durch den Akt der Ausstellung diese Gefahr nicht nur hervorrufe, sondern auch zugleich übernehme. Er unterstellt somit entweder eine an die Ausstellung sich knüpfende gesetzliche oder (vielleicht beides?) eine mit derselben stillschweigend übernommene Garantiepflicht, vielleicht noch genauer: Schadensausgleichungspflicht. Die einzige[2] positive Stütze des behaupteten Rechtssatzes bildet ein schon vielfach angezogenes württembergisches Gesetz vom 16. September 1852 (jetzt Gesetz vom 18. August 1879 Art. 17, vgl. Art. 16), nach welchem die Staatsschuldenkasse, welcher ein Schuldschein verloren geht, der Klage des Inhabers nur den Einwand entgegenstellen kann, dass er den Schuldschein in bösem Glauben erworben hat; aber es ist zu konstatiren, dass auch dieses Gesetz die vor jeder Begebung »verlorenen Schuldscheine« nicht, mindestens nicht ausdrücklich erwähnt, also insoweit nichts Anderes feststellt als die Art. 307 D.H.G.B.'s und Art. 74 D.W.O.

In dem zweiten Falle (Entsch. XIX S. 31 ff.) handelte es sich eigentlich um einen angeblich gefälschten (d. i. die echte Unterschrift des angeblichen Wechselausstellers nicht tragenden) Wechsel; aus prozessualischen Gründen kam es

---

[1] In diesem Sinne ist wohl zu verstehen die Bemerkung Brunner's in Endemann's Handbuch II S. 167 Note 17: »Eine eventuell verpflichtende Begebung liegt vor, wenn der Aussteller die Papiere einem Dritten mit dem Auftrage übergab, sie für seine Rechnung unterzubringen.«

[2] Dass für »in blanco indossirte Wechsel« ein derartiger Rechtssatz nicht bestehe, habe ich schon in der Zeitschr. XXIII S. 367 bemerkt; dass ihn das Sächsische Bürgerl. Gesetzbuch nicht aufstellt, s. Brunner a. a. O.

jedoch zu wirksamer Kontestation der Echtheit nicht, so dass nunmehr die Frage entstand, ob der (angebliche) Aussteller aus diesem Wechsel dem darin benannten Remittenten (bezw. dessen Konkursmasse) hafte. Das Reichs-Oberhandelsgericht legte dem Nachkläger (angeblichen Aussteller) den alternativen Beweis auf, »dass er dem Helle (Remittenten) den Wechsel nicht ausgehändigt, Helle vielmehr ohne Wissen und Willen des Nachklägers den Besitz der Wechselurkunde erlangt habe, oder: dass weder auf Seiten des Nachklägers noch auf Seiten des Helle die Absicht obgewaltet habe, dass Helle auf Grund der Wechselurkunde einen Wechselanspruch gegen den Nachkläger erheben solle.« Motivirt wird diese Entscheidung folgendermaassen: »Eine Wechselobligation kommt nämlich durch die Unterschrift des Wechsels allein noch nicht zu Stande. Wenn der Nachkläger den Wechsel zwar, wie derselbe vorliegt, ausstellte und unterschrieb, dann aber in sein Pult legte, dem Helle weder selbst aushändigte noch durch einen Andern aushändigen liess, so blieb die Wechselurkunde ein Stück Papier ohne Werth und rechtliche Bedeutung. Wenn Helle ohne oder gegen den Willen des Nachklägers den Gewahrsam der Wechselurkunde, sei es durch eine unerlaubte Handlung oder durch einen Zufall erlangte, so erwarb er dadurch keinen Wechselanspruch an den Nachkläger. Ob im Falle weiterer Indossirung des Wechsels ein dritter Inhaber des Wechsels einen solchen Anspruch gegen den Nachkläger hätte erlangen können, kann unerörtert bleiben, da eine solche Indossirung nicht erfolgt ist. — Helle resp. dessen Konkursmasse würde bei solcher Sachlage einen Anspruch nicht erheben können, ohne dass sie der begründete Vorwurf des dolus träfe.« — Weiter wird ausgeführt, die Behauptung des Nachklägers sei erheblich, also zum Beweise zu stellen, weil sie dahin gehe, »dass die Urkunde überhaupt nicht dem Helle von dem Nachkläger oder mit dessen Wissen thatsächlich ausgehändigt sei und dass bei einer solchen etwaigen Aushändigung bei keinem der beiden Betheiligten die Absicht der Begründung eines Wechselanspruchs obgewaltet habe.« — Die Entscheidung stellt somit Alles auf den Gegensatz von mit und ohne Willen und verneint, dass der erste Nehmer aus einem ohne Willen des Ausstellers erlangten Wechsel einen Wechselanspruch wider denselben

habe — sie verneint damit die »Kreationstheorie«[1]. Dass sie ausserdem noch den Gesichtspunkt des dolus anzieht — vielleicht überflüssigerweise — ist gleichgültig. Die Frage über das Recht späterer (gutgläubiger) Nehmer wird weder bejaht, noch verneint, sondern ganz korrekt unerörtert gelassen. —

Dem entspricht die bisherige Judikatur des Reichsgerichts.

Das jüngste veröffentlichte Urtheil (III. Civilsenat, 27. September 1881: Entsch. V S. 82 ff.) schliesst, unter ausdrücklicher Berufung auf das vorstehend analysirte Urtheil des Reichs-Oberhandelsgerichts, sich sogar hinsichtlich des Indossaments der Theorie von dem »im Geben und Nehmen des Wechsels beruhenden Wechselvertrage« an. Von einem »Begebungsvertrage in Form des Blanko-Giro« spricht ein Urtheil des V. Civilsenats vom 2. März 1881 (Entsch. IV S. 255). In dem Urtheil des I. Hilfssenats vom 1. Oktober 1880 (Entscheidungen II S. 90) heisst es: »Der Wechselanspruch selbst wird erst durch die Wechselobligation erzeugt, und diese entsteht, wenn ein Wechsel (hier im Gegensatz zum Wechselblankett) gegeben und genommen wird,« es wird betont: »das Geben und Nehmen des Wechsels«. Ein Urtheil des I. Civilsenats vom 16. Oktober 1880 (Entsch. II S. 97) fasst die konstituirenden Elemente der Wechselverpflichtung dahin zusammen: »eines in Umlauf gesetzten sich äusserlich als unverdächtig darstellenden, die echte Unterschrift des urkundlich verpflichtet Erscheinenden tragenden, an sich durch seine Form verbindenden Geldsummenversprechens.«

[1] Denn für diese gilt, was Dernburg selbst II § 257 (3. Aufl. [ebendort 5. Aufl.]) konsequent ausführt, dass nicht allein der Indossatar (wie man nach § 12 Note 15 [5. Aufl. Note 16] schliessen würde, wo gesagt wird, das Reichs-Oberhandelsgericht verneine »mit Recht« die Frage, ob der Wechsel verpflichte, wenn der in demselben genannte Remittent ihn ohne den Willen des Ausstellers durch eine unerlaubte Handlung oder durch Zufall erhielt), sondern auch der Remittent »Wechselgläubiger« wird, »wenn er ohne den Willen des Ausstellers in den Besitz des Wechsels gelangte, der ihn äusserlich legitimirt, z. B. der Aussteller wollte den Wechsel nur nach Empfang der Valuta begeben, ein Unberufener händigt ihn aus Versehen vorher aus«. Es ist somit klar, dass das Reichs-Oberhandelsgericht die »Kreationstheorie« in der von Dernburg selbst aufgestellten Formulirung verwirft.

Eine eigenthümliche Frage lag in dem vom V. Civilsenat, Urtheil vom 19. Juni 1880 (Entsch. II S. 6 ff.) entschiedenen Falle vor. Soll ein schenkungsweise ausgestellter und ausgehändigter eigener Wechsel als »übergebene Sache« im Sinne von A.L.R. I, 11 § 1065 gelten, so dass es zur Verbindlichkeit der Schenkung des gerichtlichen Abschlusses nicht bedarf? Diese Frage wurde bejaht, in der Aushändigung eines solchen Wechsels somit nicht die bloſse schenkungsweise Begründung einer Forderung gegen den donator (Wechselaussteller), nicht ein bloſses Schenkungsversprechen, sondern die Erfüllung eines solchen gefunden. Die Bejahung erscheint auch für den allerdings zweifelhaften Fall des eigenen, vom donator selbst ausgestellten Wechsels zutreffend, weil die so begründete abstrakte Wechselforderung nicht eine Forderung aus einem blossen Schenkungsversprechen ist, vielmehr das letztere eben durch Aushändigung des die Wechselforderung begründenden Wechselbriefs bereits erfüllt ist: es wird nicht aus dem Schenkungsversprechen, sondern aus dem Wechsel geklagt. Dazu tritt, unter der regelmässigen Voraussetzung, dass der Wechsel indossabel ist, also eine entgegenstehende Klausel (Rektaklausel: »nicht an Order« u. dgl.) nicht enthält, dass in der Hand des dritten Nehmers die Berufung auf die causa donationis schlechthin wegfällt, der Beschenkte somit stets in der Lage ist, durch Veräusserung des Wechsels den Werth der Forderung ohne eine Erfüllungsklage wider den donator zu realisiren. Das somit in der Sache vollkommen zutreffende Urtheil ist auf folgenden Grund gestützt: »Dass ein so qualifizirtes, selbstständiges, von dem Begebungsgrunde losgelöstes, daher nicht den letzteren beurkundendes, seine Wirksamkeit — insbesondere bei Blanko-Signaturen — in den Besitz verlegendes und daher gleichsam schon einen gewissen ökonomischen Werth in sich tragendes Wechselpapier, als eine bewegliche körperliche Sache, animo donandi dem Nehmer übergeben und somit als Erfüllung eines Schenkungsversprechens — des Vorvertrages — dienen kann, unterliegt um so weniger einem berechtigten Zweifel, als sonst ein Wechsel durch Ausstellung niemals zu Zwecken der Liberalität verwendet werden könnte, hierzu vielmehr nur eine Begebung in Form eines Indossaments — nach Schaffung der Wechselobligation — geeignet wäre. Und doch dient die Aus-

stellung des Wechsels im Verkehre auch freigebigen Geldoperationen.«

Diesen, mit der obigen Betrachtung wesentlich übereinstimmenden Gründen geht nun motivirend, nämlich zu näherer Charakteristik eines derartigen Wechsels, folgender Satz voraus:

»Ein Wechsel, in der Regel auf Grund eines Vorvertrages — pactum de cambiando — von dem Geber ausgestellt, begründet in der Hand des Ausstellers, also vor seiner Aushändigung an den Nehmer, zwar noch keine Wechselobligation, noch kein wechselmässiges Forderungsrecht; allein er stellt in seiner objektiven realen Aeusserlichkeit mit dem Akte der Kreation — und somit noch vor der Aushändigung an den Nehmer — eine »bewegliche körperliche Sache« dar, welche an sich und nach dem Willen der Wechselinteressenten (welcher? — es gibt ja zur Zeit nur einen Kreator) geeignet ist, Gegenstand eines Rechtsverhältnisses zu sein, und welche durch die Thatsache der Aushändigung — und selbst durch die Cirkulation ohne den Transportwillen des Ausstellers — auf Grund ihrer formalen und abstrakten Rechtsnatur wechselmässige Ansprüche zu begründen geeignet ist.«

Es scheint so unterstellt zu werden, dass, was regelmässig unmöglich ist, nämlich die Entstehung einer Wechselobligation ohne Aushändigung des Wechselbriefs, doch unter Umständen möglich sei, und zwar auf Grund der eigenthümlichen »Rechtsnatur« dieser Urkunde, welche schon durch die »Kreation« zur Sache werde. Wie das zu denken und unter welchen Umständen »die Cirkulation ohne den Transportwillen des Ausstellers« diese Wirkungen herbeiführe, bleibt unerörtert. Mindestens wird in derartiger beiläufiger, die Entscheidung gar nicht tragender, sicher nicht bedingender Motivirung schwerlich[1] eine Anerkennung der »Kreationstheorie« auch nur in einem Urtheil des obersten Gerichtshofs ge-

[1] Kuntze, in seinem Gutachten, Verhandlungen des XVI. Juristentages Bd. I S. 132 führt, ohne Berücksichtigung der vorstehend mitgetheilten Entscheidungen und des inneren Zusammenhanges auch des zuletzt analysirten Urtheils, unter Berufung auf dieses das Reichsgericht als Anhänger der von ihm als »Redlichkeitstheorie« bezeichneten, praktisch mit der »Kreationstheorie« zusammenfallenden Ansicht auf.

funden werden dürfen, zumal deren Gegner sich mit gleich gutem Grunde auf dasselbe berufen könnten. —

III. Die nothwendige und äusserste Konsequenz der »Kreationstheorie« ist die Haftung des »Kreator« (des Ausstellers) auch aus dem ohne oder wider seinen Willen aus seiner Hand gekommenen, somit insbesondere aus dem gestohlenen, geraubten, verlorenen, durch den Wind verwehten u. dgl. äusserlich fertig hergestellten Papier. Wer diesen Satz nicht will — genauer, da es sich nicht um zukünftiges, sondern um geltendes Recht handelt, wer die Existenz eines derartigen Rechtssatzes in unserem bestehenden Recht in Abrede stellt, muss die »Kreationstheorie« verwerfen. Wer den Satz will oder doch als bestehend anerkennt, kann ihn auf andere[1] Gründe stützen als auf die Verbindlichkeit der »Kreation«, d. h. des blossen, wenn auch vielleicht in der Absicht späterer Begebung erfolgenden Niederschreibens: eines an sich rein thatsächlichen[2] Aktes. Etwa: auf (wirkliches oder fingirtes) Verschulden[3] des Ausstellers; auf die »bona fides des Verkehrs«[4]; auf eine (stillschweigende) Gefahrsübernahme[5] oder Garantieübernahme des Ausstellers[6]; auf einen, gleichviel ob und wie innerlich zu begründenden positiven[7] Rechts-

---

[1] Nur auf die Kreationstheorie stützt ihn Kuntze in seinem Gutachten (Verhandl. des XVI. Juristentags Bd. I S. 131 ff.).

[2] S. auch S. Schultze, Kritische Vierteljahrsschrift XVIII S. 246; Brunner in der Zeitschr. XXII S. 510 ff. und in Endemann's Handbuch II S. 149, 164 ff.

[3] Dagegen: das Reichs-Oberhandelsgericht s. oben S. 108; meine Ausführung in der Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 306; F. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht Heft 2 S. 112; Leonhard in der Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 296; Brunner in Endemann's Handbuch II S. 167.

[4] Dagegen meine Ausführung in der Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 306; Brunner a. a. O. S. 167.

[5] S. auch Windscheid, Arch. f. civil. Praxis LXIII S. 80.

[6] So G. Binding, Zeitschr. X S. 419 und anscheinend das Reichs-Oberhandelsgericht, Entsch. XVII S. 149 (oben S. 108). Dagegen Thöl, Handelsrecht I § 224 Note 8; Stobbe, Deutsches Privatr. III S. 109 Note 22 a. E. [Stobbe-Lehmann § 219 IV].

[7] So Thöl, Handelsrecht I § 224 Note 8 für das Inhaberpapier. Er findet in dem Urtheil des Reichs-Oberhandelsgerichts die Anerkennung eines allgemeinen Gewohnheitsrechts. Das hat noch Niemand zu behaupten gewagt. Jedenfalls würde dieses »Gewohnheitsrecht« sich nicht über den allein ent-

satz von wiederum denkbarerweise verschiedenem Inhalt: es solle aus dem Papier gehaftet werden — oder es solle der durch das Nehmen eines den Aussteller nicht obligirenden Papiers entstehende Schaden ersetzt werden u. s. f. Aber man muss wissen, auf welchen Rechtsgrund die Haftung gestützt werden soll, weil, je nachdem, ganz verschiedene Rechtsfolgen eintreten und ganz verschiedene Rechtsfolgerungen zu ziehen sind. Die Art ist rein zu halten. Wer die Verbindlichkeit auf »Kreation« stützt, braucht nicht anzuerkennen, dass auch aus dem unerkennbar gefälschten Papier der angebliche Aussteller obligirt wird, denn ein solches hat derselbe nicht »geschrieben« — darauf legt vielleicht der Kaufmann Gewicht, welcher seine »Handschrift« nicht anzweifeln lassen mag, wenngleich in einigermaassen heiklen Fällen er sich schwerlich nach den Anforderungen der »Kreationstheorie« gebunden halten dürfte. (Man denke: Die Verwaltung einer Aktiengesellschaft hat Werthpapiere zur Ausgabe fertig gestellt - ein richterliches Urtheil, etwa auf Einspruch von Aktionären erlassen, inhibirt die Ausgabe — nun werden einzelne Stücke gestohlen. Der rechtlich verbindenden künstlich hergestellten »Unterschrift«, z. B. gedruckten, lithographirten, gestempelten, legt der »Kaufmann« nicht gleiches Gewicht bei wie der eigenen »Handschrift«.) Wer dagegen die Haftung auf angebliches Verschulden, noch mehr, wer solche auf eine Gefahrs- oder Garantie-Uebernahme stützt, wird mindestens dann, wenn die Unterschrift echt und nur der Inhalt verfälscht ist, desgleichen, wenn das Papier amortisirt ist, die Haftung des Ausstellers dem redlichen Nehmer gegenüber nicht ablehnen können; wer gar lediglich die »bona fides des Verkehrs« ins Feld führt, muss konsequent sogar dem redlichen und vorsichtigen Nehmer des falschen Papiers Rechtsschutz gewähren, wie das denn auch thatsächlich im Verkehr, insbesondere seitens der Banken, der Staatsschuldenverwaltungen u. dgl., um den nur auf dem Vertrauen des Publikums beruhenden Umlauf ihrer Papiere nicht zu gefährden, mitunter geschieht. Dass ich also, bei

---

schiedenen Fall hinaus erstrecken: eines behufs späterer Begebung einem Dritten anvertrauten und von diesem widerrechtlich emittirten Papiers. S. auch oben S. 108. Oder ist »Man« bei Th. nicht Thöl selbst? — S. Zeitschr. f. Handelsr. XXVIII S. 446 unten.

Unterstellung, dass nicht ex scriptura, sondern aus Verschulden oder dgl. gehaftet werde, in der Gleichstellung von gestohlenen und von gefälschten Papieren »den springenden Punkt, worauf es hier ankommt, nicht erkannt« haben soll[1], ist doch schwerlich gegründet. Nach Dernburg soll die »bona fides des Verkehrs« mit sich bringen, dass derjenige, welcher durch sein Verhalten die Schuld daran trägt, dass ein Dritter in mangelhafter Weise erwirbt, den Erwerb nicht anfechten könne, und dies sei sicher der Fall, wenn Jemand Inhaberpapiere ausstellte und sie nicht begab, aber auch nicht geeignete Vorkehrungen traf, dass sie ohne seinen Willen nicht in Verkehr gebracht werden konnten; dagegen sei es »sonnenklar«, dass Niemand durch gefälschte Papiere verpflichtet werde, die ihm die Eigenschaft als Schuldner aufbürden; hier sei eher dem bona fide Erwerber, als demjenigen, dessen Unterschrift gefälscht sei, ein Vorwurf zu machen. Mir scheint, dass auf so höchst verschiedenartig nüancirte, rein thatsächliche Verhältnisse sich nicht Rechtsprinzipien gründen lassen: die Vorkehrungen gegen Entwendung, Raub u. dgl. können sehr geeignete und gleichwohl durch »höhere Gewalt« das Papier in Umlauf gekommen sein — umgekehrt können die möglichen, ja üblichen Vorkehrungen gegen Fälschung oder Verfälschung unterlassen sein. Liegt die Gefahr der Verfälschung nicht, wie die tägliche Erfahrung zeigt, sogar näher als die Gefahr der Entwendung des noch unbegebenen Papiers aus dem eisernen Geldschrank oder dem Gewölbe?

Aus der wirklichen, angeblich im Rechtsbewusstsein der Gegenwart wurzelnden, jedenfalls nicht aus dem »germanischen Recht« stammenden »einseitigen Kreation« folgert Dernburg:

1) Die Haftung aus dem vor der Ausgabe gestohlenen Papier. Dies ist soeben erörtert.

2) »Ein von *A* ausgefertigtes Inhaberpapier ist gültig, auch wenn es erst von seinem Erben *B* ausgegeben ist und dies der Nehmer weiss.«

Die Konsequenz ist unleugbar, und es werden so nicht allein der Emittent *B*, sondern auch dessen unbetheiligte Mit-

[1] So Dernburg, Preuss. Privatr. II § 12 (2. Aufl. Note 14, 3. Aufl. Note 15 [5. Aufl. Note 16]).

erben *C, D, E*, desgleichen, wenn über den Nachlass des *A* der Konkurs ausgebrochen ist, die übrigen Gläubiger diesen Passivzuwachs des Nachlasses bei dem todten *A* zu beklagen haben, weil dieser durch die Skriptur, welche unter gewissen nie eingetretenen Voraussetzungen ausgegeben werden sollte, sich bereits — vielleicht 10 Jahre vor seinem Tode (denn es ist, nach Dernburg, das Datum der Niederschrift schlechthin entscheidend) — »bindend obligirt hat«. Das soll sogar dem wissenden Nehmer gegenüber gelten. Werden denn im Verkehr Unterschriften von Todten als gleichgeltend mit Unterschriften Lebender genommen?

3) »Das Recht des späteren Erwerbers besteht auch dann, wenn der erste Nehmer erwerbsunfähig, z. B. ein Kind war.«

Der Satz ist zuzugeben. Er spräche sicher dann nicht gegen die Vertragstheorie, wenn — was freilich weder Dernburg noch ich annehmen — jeder »Inhaber« der Gläubiger aus dem Inhaberpapier wäre; denn ein blosser detentor kann auch ein Kind sein. Er steht aber, auch bei der richtigeren entgegengesetzten Annahme, der Vertragstheorie nicht entgegen, weil, wie ich schon früher bemerkt habe [1], der spätere Erwerber sein Recht nicht von dem ersten Nehmer herleitet. Ich habe dabei den freilich nicht ganz präcisen Ausdruck gebraucht: »Der Wille zu kontrahiren ist ja Jedem gegenüber erklärt, welcher Eigenthümer (gemäss H.G.B. Art. 307) des Papiers wird« — statt »zu kontrahiren« sollte und wollte gesagt sein, »sich zu obligiren« [2]. Der Vertrag, welchen allerdings der Ausgeber des Papiers mit dem ersten Nehmer abschliesst, enthält ein gleichzeitig zu Gunsten aller späteren successiven Papiereigenthümer abgegebenes einseitiges, der Acceptation gar nicht bedürftiges und gleichwohl nach Gewohnheitsrecht schlechthin bindendes Versprechen des

---

[1] Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 307.

[2] So erklärt sich wohl die Annahme Dernburg's a. a. O. (2. Aufl. Note 15, 3. Aufl. Note 16 [5. Aufl. Note 18]), dass ich einen »Vertrag« des Ausstellers mit jedem späteren Nehmer, also den berüchtigten und allerdings undenkbaren Vertrag cum incerta persona unterstelle. (Zu den Anhängern einer »Variation« des »nebelhaften contractus cum incerta persona« zählt mich ohne Grund Kuntze in dem Gutachten: Verhandl. des XVI. Juristentags Bd. I S. 132.) Aus der Darstellung im Text ergibt sich zugleich, worin sich meine Auffassung von der »Konstruktion der Verträge mit unbestimmten Gläubigern« bei Dernburg II § 13, vgl. übrigens §§ 18, 19 [5. Aufl. ebendort], unterscheidet.

Ausstellers[1]: er ist ein Vertrag nicht mit unbestimmten Dritten, sondern mit einer **bestimmten** Person **zu Gunsten dieser Person und eines weiteren noch unbestimmten Personenkreises**, der Art, dass jede diesem Kreise angehörige Person ein selbstständiges, nicht von einem der früheren Nehmer abgeleitetes Recht gegen den Aussteller des Papiers erlangt. Es handelt sich so um Begründung successiver Rechte.

Hier darf nun allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob die Gültigkeit des Vertrages zugleich die Gültigkeit des zu Gunsten der späteren Nehmer vermittelst eben dieses Vertrages abgegebenen einseitig bindenden Versprechens bedingt.

Es ist zu unterscheiden:

Liegt die Ungültigkeit des Vertrages in der Verpflichtungsunfähigkeit des Ausstellers oder in einem sonstigen jeden Verpflichtungswillen desselben ausschliessenden Umstande, so kann auch ein künftiger, wenngleich redlicher Nehmer des Papiers keinerlei Rechte erwerben — der Unterschied von der »Kreationstheorie« tritt hier in aller Schärfe hervor: denn nach dieser ist aus dem in verpflichtungsfähigem Zustande niedergeschriebenen Papier der (redliche) Erwerber auch

---

[1] Diesen Gesichtspunkt habe ich bereits, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Institut der Inhaber- und der Orderpapiere, und zwar als sogar mit den Prinzipien des römischen Rechts verträglich, geltend gemacht in dem Urtheil des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 21. April 1874, den bekannten »Leipziger Theaterprozess« betreffend (Entscheidungen Bd. XII S. 359 bis 361). Beigetreten ist das ohne meine Betheiligung ergangene, die gleichen Gesichtspunkte noch weiter begründende Urtheil des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 8. Februar 1878 (Entsch. Bd. XXIII S. 365—367). Vgl. auch Gareis, Z. XXI S. 357 ff., 372 ff.; Sohm, Z. XVII. So auch Stobbe, Deutsches Privatr. III S. 109 [vgl. Stobbe-Lehmann III S. 483], obwohl er im Uebrigen (S. 106 ff.) nicht Vertrag verlangt, sondern »Ausfertigung und Emission« genügen lässt — übrigens ist Stobbe's anscheinende »Dereliktion« nicht wahre Dereliktion, sondern traditio in incertam personam, eine praktische Differenz von der »Vertragstheorie« also schwerlich vorhanden. Verwandt, aber doch in dem besonders wichtigen Punkte der »Selbstständigkeit« des Forderungsrechts abweichend — es soll auf den späteren Erwerber »die dem früheren Gläubiger zustehende Forderung übergehen«: Brunner in der Zeitschrift f. Handelsr. XXII S. 90 ff. und in Endemann's Handbuch II S. 160 ff., vgl. S. 164, 168 ff. S. auch oben Seite 78 Note 1, S. 85 Note 1.

dann berechtigt, wenn der wahnsinnig gewordene Aussteller oder dessen unmündiges Kind es auf die Strasse geworfen, oder wenn ein Erbe des verstorbenen Ausstellers es nach dessen Tode weggegeben hat (s. oben).

Liegt dagegen die Ungültigkeit des Vertrages lediglich in mangelnder Erwerbsfähigkeit des Vertragsgegners (Kind, Wahnsinniger etc.), so realisirt sich zwar der Verpflichtungswille des Ausstellers nicht zu Gunsten des Vertragsgegners, aber zu Gunsten aller späteren redlichen Papiererwerber. Der Vertrag mit dem ersten Nehmer ist nicht das konstitutive Element der durch die erste Begebung des Papiers ein für allemal als rechtlich möglich und eventuell gewollt begründeten successiven Obligirungen, sondern ein juristisches Mittel zur Herbeiführung dieses Erfolges; der erste Nehmer ist hinsichtlich des Erwerbes der späteren eine blosse Mittelsperson, ein Werkzeug: ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur: l. 15 D. de const. pec. (13, 5), dessen juristische Qualifikation, insbesondere eigene Erwerbsfähigkeit, in dieser Hinsicht somit völlig unerheblich. So gut der »Bote«, welcher ja auch keineswegs nur »faktische« Dienste leistet [1], ein Kind oder Geisteskranker sein kann [2], so kann auch hier durch Vermittlung des seinerseits erwerbsunfähigen ersten Nehmers ein Erwerb der weiteren Nehmer begründet werden. Die Vermittlung selbst aber wird dadurch keineswegs entbehrlich. Würde man sogar den ersten Nehmer für noch weniger als einen Boten — als einen blossen »Briefträger« [3] — ansehen, so würde doch sicher ein nicht einmal dem »Briefträger« gegebener, sondern dem Schreiber gestohlener oder verlorener, ja auch nur von dem Dienstboten wider den Willen des Briefstellers in den Briefkasten geworfener Brief nicht geeignet sein, den Briefsteller gegen den Adressaten in Gemässheit der in dem Briefe enthaltenen Zusage zu verpflichten — ob etwa

---

[1] Zimmermann, Die stellvertretende negotiorum gestio S. 21.

[2] Ihering in dessen Jahrbüchern I S. 289; Zimmermann a. a. O. S. 18; Thöl, Handelsrecht I § 75 Note 3. Daher richtig Thöl, § 221 a. E., ungeachtet er sogar eine Kette von Verträgen zwischen dem Aussteller und den Indossataren annimmt, den Zwischenindossanten für diese mit den späteren Indossataren geschlossenen »Verträge« des Ausstellers als »blosses Instrument, Bote, Brief« erklärt.

[3] Zimmermann a. a. O. S. 20.

aus anderen Gründen und in welchem Umfange, darf hier unerörtert bleiben. —

Die »Praktikabilität« der »Kreationstheorie«, auf welche Kuntze und dessen Anhänger entscheidendes Gewicht legen, habe ich nie in Abrede gestellt. Es lassen sich mit derselben leichter, d. h. ohne schwierige Konstruktionen, gewisse unzweifelhaft feststehende Rechtssätze gewinnen bezw. erklären. Aber die blosse Leichtigkeit der Konstruktion entscheidet nicht über deren Richtigkeit, und sie ist abzulehnen, sofern sie zu unzweifelhaft unrichtigen oder doch unserem bestehenden Recht fremden Rechtssätzen führt.

Es ist mir nicht bekannt, dass unter den zahlreichen neueren Wechsel- und Handelsgesetzen ein einziges die Kreationstheorie oder deren Konsequenzen adoptirt hätte. Dagegen erkennt die neueste legislative Arbeit, der Entwurf einer Wechselordnung für das Russische Reich (1882), welche unter sorgfältiger Berücksichtigung der neuesten Gesetze verfasst ist, mit ausdrücklichen Worten für den Wechsel die Vertragstheorie an: § 1 = deutsche W.O. Art. 1; § 15: »Der Wechsel erlangt Wechselkraft, sobald der Aussteller denselben an den Remittenten begeben hat«; § 16: »Kraft der Begebung ist der Aussteller eines eigenen Wechsels verpflichtet, die Zahlung zur Verfallzeit zu leisten, und haftet der Aussteller eines trassirten Wechsels für dessen Annahme und Zahlung.« Dem ungeachtet und ganz korrekt (s. oben S. 97 Note 4) heisst es § 34: »Die Annahme gilt als erfolgt, sobald das Accept auf den Wechsel gezeichnet ist. Das einmal gezeichnete Accept kann von dem Bezogenen nicht eigenmächtig durchstrichen oder auf eine andere Weise widerrufen oder verändert werden, auch wenn der Wechsel sich noch in den Händen des Bezogenen befindet.« Das neue engl. W.G. hält, wie schon das ältere, strenge an der Vertragstheorie fest (acceptum und indossament): s. o. S. 97 Note 4.

V. Der Ladeschein.

I. Diejenigen »Waarenpapiere« [1], an deren Umlauf sich dingliche Wirkungen hinsichtlich der in denselben bezeich-

[1] Mein Handbuch des Handelsrechts § 69.

neten Waaren knüpfen können, und mit deren genauerer Analyse ich mich früher befasst habe[1], werden in neueren Gesetzen als eine eigenthümliche Gruppe zusammengefasst. Aber die mehr beschreibende als definirende Bezeichnung weist deutlich darauf hin, dass die Gesetzgeber sich entweder über den Kreis dieser Papiere nicht völlig klar waren, oder — vielleicht trifft auch Beides zu — dass sie es für bedenklich erachteten, die noch im Flusse befindliche Entwicklung des Verkehrsrechts durch eine dogmatische Formel einzudämmen.

Immerhin lässt sich nicht verkennen, dass die energische Arbeit der jüngeren Rechtstheorie auf die gesetzlichen Formulirungen einen förderlichen Einfluss geübt hat.

Das deutsche Handelsgesetzbuch nennt einfach neben einander:

»Konnossemente, Ladescheine oder Lagerscheine«

und zwar in bestimmter rechtlicher Beziehung, nämlich als Verfügungsmittel über Sachen, welche Jemand nicht in seinem »Gewahrsam« hat:

H.G.B. Art. 313, 374, vgl. Art. 382.

Eben diese Waarenpapiere nennt H.G.B. Art. 302 als eine besondere Klasse der indossabeln Papiere, jedoch neben den hinsichtlich der Amortisation (H.G.B. Art. 305 S. 3) gleichbehandelten an Order lautenden Bodmereibriefen und Seeassekuranzpolicen.

Dingliche Wirkungen werden allgemein ausdrücklich nur für Orderkonnossemente statuirt:

H.G.B. Art. 649,

nur für diese und die nachgebildeten Ladescheine wird die eigenthümliche rechtliche Natur der an das Waarenpapier gebundenen Obligation näher bestimmt:

H.G.B. Art. 652 ff., 415—418.

Dagegen stellen die neuesten Gesetze eine allgemeine Kategorie der oben bezeichneten Waarenpapiere auf:

Reichsgesetz, betr. die Einführung der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, § 14 Abs. 2:

»Das Absonderungsrecht besteht ohne Uebergabe der Sache, sofern:

1. nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die

[1] Mein Handbuch §§ 70 ff.

Uebergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waaren oder andere bewegliche Sachen der Uebergabe derselben — gleichsteht.«

Preussisches Ausführungsgesetz zur Konkursordnung vom 6. März 1879 § 5:

»Im Geltungsbereich des gemeinen[1] Rechts steht bei Verpfändung von aufgespeicherten oder niedergelegten Waaren, Fabrikaten, Boden- oder Bergwerkserzeugnissen, sowie auf dem Transport befindlichen Gütern die Uebergabe des auf den Gläubiger übertragenen Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins oder ähnlichen Papiers der Uebergabe der Sache gleich, sofern der Gläubiger mittelst des Papiers in der Lage ist, über den Gegenstand der Verpfändung zu verfügen.«

Uebereinstimmend lauten die Gesetze bezw. Verordnungen zur Ausführung der deutschen Konkursordnung von: Mecklenburg-Schwerin, Verordn. vom 26. Mai 1879 § 4. — Mecklenburg-Strelitz, Verordn. vom 26. Mai 1879 § 4. — Anhalt, Gesetz vom 10. Mai 1879 § 5. — Sachsen-Altenburg, Gesetz vom 26. März 1879 § 2. — Sachsen-Koburg-Gotha, Gesetz vom 7. April 1879 § 2. — Sachsen-Meiningen, Gesetz vom 20. Juni 1879 § 2. — Reuss ä. L., Gesetz vom 5. Mai 1879 § 17. — Reuss j. L., Gesetz vom 22. Februar 1879 § 4. — Schwarzburg-Rudolstadt, Gesetz vom 1. Mai 1879 § 20. — Schwarzburg-Sondershausen, Gesetz vom 20. Mai 1879 § 2. — Lippe, Gesetz vom 26. Juni 1879 § 5. — Schaumburg-Lippe, Gesetz vom 30. Juni 1879 § 93.

Das hamburgische Gesetz vom 25. Juli 1879, betr. Ausführung der Konkursordnung enthält § 3 die noch weitergehende Vorschrift:

»Durch Verpfändung von Forderungen und anderen Vermögensrechten wird ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung begründet:

2. in dem Falle, dass über die Forderung oder das Vermögensrecht eine Urkunde ausgestellt ist, welche auf

---

[1] Für das Gebiet des preussischen Rechts erübrigt solche Vorschrift nach A.L.R. I 20 §§ 329 ff. verb. mit den eigenthümlichen Grundsätzen über die Waarenanweisung: A.L.R. I 7 §§ 66 ff., Preuss. Einf.Ges. zum H.G.B. Art. 27. S. mein Handbuch §§ 76, 84.

Inhaber lautet oder durch Indossament übertragen werden kann, wenn ein Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Urkunde, bezw. (bei Urkunden, welche nicht auf Inhaber lauten) der indossirten Urkunde erlangt und behalten hat«;

und schliesst im § 5 das Verfolgungsrecht des § 36 der Konkursordnung aus, in Gemässheit des Art. 306 H.G.B.'s und des § 52 des hamburgischen Einführungsgesetzes zum H.G.B., falls der Gemeinschuldner die Waare

»unter Uebertragung des an Order lautenden Konnossements oder Ladescheins verpfändet oder veräussert«

hat.

Die Motive zu § 40 der Konkursordnung führen aus, dass unter gewissen Voraussetzungen die Wirksamkeit einer »sogenannten (gleichviel ob richtig oder unrichtig als solche bezeichneten) symbolischen Verpfändung« anzuerkennen sei, und zu § 14 des Einführungsgesetzes ad v. »Konnossementen und ähnlichen Papieren«:

»Eine nähere Bezeichnung der letzteren ist zu vermeiden. Der Ausdruck bezeichnet, dass nicht blosse Beweisurkunden genügen, dass vielmehr eine dem rechtlichen Wesen eines Konnossements entsprechende Verpflichtungsurkunde vorausgesetzt wird, welche den Gläubiger mit Ausschluss des Schuldners in den Stand setzt, über die Sache zu verfügen und ihren Besitz zu erlangen. Der Ausdruck schliesst also namentlich Ladescheine und Lagerscheine nicht aus. Man kann aber weder positiv diese benennen, denn ein einheitliches Recht über Wirkung derselben besteht nicht[1], noch mit ihnen den Kreis abschliessen, denn es kann nach Landesrecht noch anderen Verpflichtungsscheinen eine den Konnossementen ähnliche Wirkung beigelegt sein. Das Handelsgesetzbuch verfährt in derselben Weise (vgl. Art. 313 Abs. 1, Art. 374 Abs. 1, Art. 382 Abs. 1 u. s. w.).«

Endlich enthält das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 folgende entsprechende Bestimmungen:

---

[1] Dies wird, in sehr enger Auffassung, in den Motiven zu § 36 der Konk.O. ausgeführt.

Art. 209. Werden Waaren durch Lagerscheine, Ladescheine oder ähnliche Papiere vertreten, so gilt der gutgläubige Erwerber des Scheines als Eigenthümer der Waare.

Art. 212. Waaren, welche durch indossable Lagerscheine, Ladescheine oder ähnliche Papiere vertreten sind, können durch blosse Uebergabe des indossirten Scheines an den Faustpfandgläubiger verpfändet werden. —

Für diese Gruppe von Waarenpapieren ist eine gemeinsame Bezeichnung wünschenswerth. Es empfiehlt sich die von Brunner[1] vorgeschlagene: Traditions-Papiere.

Für die juristische Behandlung aber ist entscheidend, ob man ein mehr zufälliges Nebeneinander einzelner, vielleicht gar sämmtlich singulärer[2] Rechtssätze annimmt, oder aber, ob alle einzelnen unzweifelhaften Rechtssätze als blosse Konsequenzen eines Rechtsprinzips sich darstellen, welches dann selbstverständlich auch zu weiteren durch Gesetz und Gewohnheitsrecht noch nicht positiv ausgeprägten Folgesätzen führen kann oder muss. Indem ich diesen zweiten Standpunkt vertrete und den Nachweis erbracht zu haben glaube, dass das aufgestellte Rechtsprinzip selbst sich innerhalb des normalen Rechts bewegt, insbesondere der richtig verstandenen civil-

[1] Zeitschr. XXII S. 525, 526 und in Endemann's Handbuch des Handelsrechts II S. 150. Nicht so gut — denn es gibt auch nur obligatorische »Dispositions-Papiere« — nennt sie »Dispositions-Papiere«: Endemann, daselbst II S. 35 ff. Die Aeusserung E.'s II S. 36 Note 4 kommt doch wohl darauf hinaus, dass ich die auch nach Endemann's Ansicht maassgebenden inneren Ursachen der Entwicklung ausreichend dargelegt habe. Als »Kreditpapiere« aber lassen sich die Traditions-Papiere nur sehr uneigentlich bezeichnen; wer gegen Konnossement u. dgl. den Kaufpreis baar oder durch Wechselaccept erlegt, will nicht »kreditiren«. Uebrigens hat Endemann im Handbuch seine frühere Darstellung (Handelsrecht § 78 [4. Aufl. § 97]) unter Anschluss an meine Ausführungen erheblich modificirt.

[2] Dahin gelangt man nothwendig von dem Standpunkt Exner's, welcher nicht sowohl einen eigenen Rechtssatz konstruirt, als die Existenz eines (vieler?) rein positiven Rechtssatzes (Eigenthumserwerb ohne Besitz) behauptet: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (Wien 1867) S. 186 ff. und Kritische Vierteljahrsschrift XIII S. 313 ff., im Zusammenhang mit seiner gewiss unzutreffenden Auffassung der sogen. »symbolischen Tradition«; selbstverständlich vom Standpunkte Thöl's, welcher in dem stets energisch bekämpften Art. 649 H.G.B.'s einen durchaus singulären Rechtssatz findet (H.R. I § 271, vgl. § 270, III § 42 [?]).

rechtlichen Besitztheorie gemäss ist, gelange ich zu dem praktisch ungemein wichtigen Ergebniss, von den etwa nur für eine Art des »Traditions-Papiers« positiv aufgestellten Rechtssätzen entsprechende Anwendung auf andere »Traditions-Papiere« machen zu dürfen. Dass dies aber ebenso richtig wie nothwendig ist, hat neuerdings, unter Billigung zugleich meiner Konstruktion, nicht nur eine wachsende Zahl gerade solcher hervorragender Juristen, welche das Bedürfniss und die Uebung des grossen Handelsverkehrs sehr genau kennen[1], sondern auch der oberste deutsche Gerichtshof wiederholt anerkannt:

U. des Reichs-Oberhandelsgerichts II. S. vom 15. September 1879 (Entsch. XXV S. 351 ff.), betreffend den Lagerschein;

U. des Reichsgerichts I. C.S. vom 1. Oktober 1881 (Entsch. V S. 79 ff.), betreffend den Ladeschein,

nachdem bereits früher der ohnehin kaum zu bezweifelnde Rechtssatz ausgesprochen war, dass das Handelsgesetzbuch nicht ausschliesse, auch Konnossemente, welche nicht an Order lauten, als Traditions-Papiere anzuerkennen:

U. des Reichs-Oberhandelsgerichts II. S. vom 19. November 1873 (Entsch. XI S. 413 ff.).

Vgl. auch Lewis, Das deutsche Seerecht I S. 299 ff. [2. Aufl. I S. 384], Endemann, im Handbuch des Handelsrechts II § 170, und Lewis, daselbst IV § 37.

II. Dass die Obligation aus Konnossement und Ladeschein weder eine sogen. »formelle«, richtiger abstrakte, d. i. von einem in der Urkunde angegebenen Verpflichtungsgrunde unabhängige ist[2], noch aus dem Frachtvertrage[3]

---

[1] So u. A. der vieljährige Präses des hamburgischen Handelsgerichts, später des dortigen Landgerichts, Dr. Albrecht (Verhandl. des XIV. deutschen Juristentags II S. 55) und Reichsgerichtsrath Dr. Wiener (Verhandl. des XV. Deutsch. Juristentags II S. 88).

Bei der Korrektur geht mir zu v. Hahn's Kommentar II Lief. 4, 2. Aufl., S. 682, wo die frühere abweichende Ansicht des Verfassers (1. Aufl. S. 501) aufgegeben ist.

[2] So noch Endemann, Handelsrecht § 78 [4. Aufl. § 97]. Konnossement und Ladeschein sind aber nicht einfache »Verpflichtungsscheine«, sie geben nothwendig als Verpflichtungsgrund die Aufgabe (Empfang) zum Transport an. S. mein Handbuch § 72 Note 8 ff. und das sogleich folgende U. des Reichsgerichts.

[3] So, mit Aelteren, jetzt wieder Thöl, Handelsrecht I § 270, insbes.

entspringt, sollte nicht mehr bezweifelt werden. Dagegen bleibt noch zu untersuchen, inwiefern die Obligationen aus Konnossement und Ladeschein schlechthin gleichartig sind, oder welche rechtliche Verschiedenheiten zwischen denselben bestehen.

Diese Frage hat bisher auch in den Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe keine ausreichende Lösung gefunden. In dem Urtheil des Reichsgerichts I. C.S. vom 1. Oktober 1881 (Entsch. V S. 80—82) heisst es in dieser Beziehung:

»Der Erwerber auf dem Transport befindlicher Waare hat nicht nur ein Interesse daran, durch den Ladeschein in den Stand gesetzt zu werden, sich nach Ankunft des Frachtführers am Bestimmungsorte in sicherer Weise in den thatsächlichen Besitz des Gutes zu setzen, sondern auch daran, vom Frachtführer eine Erklärung über die Beschaffenheit des Gutes zu erhalten. Der Frachtführer weiss dies, ist sich also bewusst, durch seine Angabe über die Beschaffenheit des Gutes eine für den Inhaber des Ladescheins bedeutsame Handlung vorzunehmen. Er dokumentirt ferner durch die Form, in welcher er diese Angabe vornimmt, dass er damit dem Inhaber des Ladescheins gegenüber eine Rechtshandlung vornimmt. Er »bekennt«, das Gut in der und der Beschaffenheit empfangen zu haben. Er »verspricht« oder »verpflichtet« sich, das Gut in der gleichen Beschaffenheit abzuliefern. Er hat also damit eine Erklärung gegenüber dem Inhaber des Ladescheins abgegeben und in der Absicht abgegeben, dass dieser dieselbe beim Erwerb des Ladescheins berücksichtige. Es ist daher evident, dass er mit dieser Erklärung eine Haftung übernommen hat. Allein welchen Inhalt, welchen Umfang, welche Voraussetzung hat diese Haftung? Verliert der Ladeschein durch die Beifügung derselben seine Bedeutung

---

Note 2 und III §§ 42—45, sowie »Handelsrechtliche Erörterungen. Eisenbahnrecht und anderes Frachtrecht« (1882) S. 25—27. Dazu: meine Anzeige in Zeitschr. XXVI S. 608 und Replik: XXVIII S. 448 und mein Handbuch § 71 Note 32 ff., § 72 Note 1 ff., 8 ff.

Ueber die Praxis s. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts I S. 201, III S. 24 ff., VI S. 346, XV S. 377 ff., XVII S. 70 ff. Vgl. auch Lewis, Das deutsche Seerecht I S. 307 ff. [2. Aufl. S. 390 ff.] und im Handbuch des Handelsrechts IV § 36. v. Hahn II (2. Aufl.) S. 681 »als wenn —«.

als eine Urkunde über die Verpflichtung, das übernommene Gut auszuliefern? Wird er zum Verpflichtungsschein über Lieferung der bezeichneten Waare? Aus der Erklärung über den Empfang des Gutes ist dies nicht zu entnehmen, ebenso wenig aber auch aus der Erklärung über die Ablieferung, denn diese geht immer darauf, das »empfangene« Gut abzuliefern, und es ist ausserdem immer vorausgesetzt (wenn nicht gar, wie dies in den Konnossementen üblich, ausdrücklich ausgesprochen), dass der Aussteller Verluste und Beschädigungen, für welche er nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht aufzukommen braucht, nicht zu vertreten hat. Der Inhalt der durch die im angegebenen Sinne abgegebene Erklärung übernommenen Verpflichtung kann daher nur der sein, für denjenigen Schaden zu haften, welchen der Inhaber des Ladescheins infolge eines bei der Abgabe der Erklärung über die Beschaffenheit des Gutes vorgekommenen Verschuldens erlitten hat. Etwas Weiteres folgt aus allgemeinen Grundsätzen nicht, insbesondere nicht dies, dass der Frachtführer dem Inhaber des Ladescheins für die Richtigkeit der fraglichen Bezeichnungen der Beschaffenheit des Gutes unbedingt, also auch, wenn kein Verschulden auf seiner Seite vorliegt, haftet. Ein solcher Satz ist in Art. 654 Satz 1 H.G.B.'s für den See-Frachtvertrag über die Haftung aus der im Konnossement enthaltenen Bezeichnung der abgeladenen Güter aufgestellt. Derselbe ist aber, ebenso wie die in Satz 2 des Artikels beigefügte Beschränkung des Umfangs der Haftung, positiver Natur, ergibt sich keineswegs aus allgemeinen Sätzen und kann darum auf den Ladeschein nicht ausgedehnt werden.

Hieraus folgt, dass, wenn der Frachtführer sich selbst darauf beruft, dass seine Angabe über die Beschaffenheit des Gutes im Ladeschein nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt, der Inhaber des Ladescheins ihn mit diesem Vorbringen nicht alsbald unter Bezugnahme darauf, dass er für seine eigene Erklärung einzustehen habe, zurückzuweisen befugt ist. Dieses negative Resultat genügt aber für die Beurtheilung des vorliegenden Falles, und es bedarf der weiteren Untersuchung der Wirkungen der irrigen Bezeichnung des Gutes im Ladeschein nicht.«

Damit darf ich mich im Resultat einverstanden erklären, nicht ganz in der Begründung. Enthält wirklich der Art. 654 Satz 1 H.G.B.'s nur eine durchaus positive Bestimmung über den Inhalt der Konnossementsobligation, nach deren Detraktion eine für Konnossement und Ladeschein identische Grundobligation zurückbleibt[1]? Oder liegt die Sache vielleicht so, dass die Konnossementsforderung die normale, nämlich vollkommen ausgebildete »Skripturobligation« ist, die Ladescheinsforderung weniger vollkommen, »hinkend«, aus besonderen Gründen abgeschwächt oder, wohl richtiger, im Verkehr und Recht nicht in gleicher Konsequenz entwickelt?

In diesem Sinne hatte ich vor Jahren als Referent eines dem ersten Senat des Reichs-Oberhandelsgerichts vorliegenden Streitfalles[2] die Frage behandelt; sie kam damals aus besonderen Gründen nicht zum Austrag. Und es mag so die Veröffentlichung meines damals erstatteten Votums auch jetzt nicht verspätet erscheinen.

Der an Order gestellte und in der Hand des Remittenten befindliche Ladeschein enthielt das Anerkenntniss des beklagten Schiffers, »1400 Zentner guten, gesunden und trockenen Winterrübsen wohlkonditionirt empfangen zu haben«, sowie die Verpflichtungserklärung des Schiffers, »dieselbe Quantität in eben der Beschaffenheit an die Order der Klägerin wiederabzuliefern«, mit dem Zusatz: »Aus der Ladung sind vier — Proben entnommen, wonach ich zu liefern habe.«

Es entstand die Frage, ob, abgesehen von der letzten Klausel, dem Beklagten wider die Richtigkeit seines Anerkenntnisses der Gegenbeweis zu versagen sei. In einem früheren, gleichfalls von mir referirten Falle hatte der I. Senat des Reichs-Oberhandelsgerichts sich der Bejahung zugeneigt, jedoch die Frage unentschieden gelassen (vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s VIII S. 411 ff., wo in der Note die Citate aus der Ham-

---

[1] Ich habe früher ausgeführt, dass Satz 1 des Art. 654 nur ein Folgesatz, nicht der einzige, aus der juristischen Natur der Konnossementsforderung, einer lediglich auf der Schrift beruhenden und der Schrift gemässen Forderung (»Skripturobligation«) ist: Mein Handbuch § 72 Note 8 ff., insbes. Note 14. Vgl. die S. 126 Note 3 citirten Entscheidungen des R.O.H.G.'s und U. des Reichsgerichts I. C.S. 16. April 1881 (Entsch. IV S. 87).

[2] In Sachen A. Reissner Söhne c. C. Meyer. Rep. 1257/74. — Auf dieses Votum verweist jetzt auch v. Hahn II (2. Aufl.) S. 683 Note 5.

burger Praxis irrthümlich in Satz 1 statt in Satz 2 gestellt sind, und VI S. 107). Im vorliegenden Falle hatte der Appellationsrichter (Kammergericht Berlin) den Gegenbeweis zugelassen, unter Berufung auf seine konstante Praxis (vgl. jedoch das ältere Urtheil von 1866 im Centralorgan N. F. III S. 368 ff.).

Mein Votum ging auf Bestätigung des angefochtenen Urtheils.

»Zunächst ergibt sich, dass die Praxis des Kammergerichts entspricht der Praxis des (ehemaligen) preussischen Obertribunals (1865: Busch's Archiv IX S. 270 ff., 1867: Striethorst's Archiv LXVIII S. 174 ff. und Zeitschr. XIX S. 583), sowie der hamburgischen und bremischen Gerichte, mindestens insofern, als sie dem Schiffer den Nachweis entschuldbaren Irrthums freilässt (Hamburger Handelsgerichtszeitung 1868 Nr. 238, 1870 Nr. 261, Centralorgan N. F. IX S. 9 ff.). Verwandt ist die Ansicht v. Hahn's, Kommentar II S. 501, 502 (jetzt 2. Aufl. S. 682, 683), vgl. Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar III S. 461 — s. jedoch S. 126 ff. —, dass der Aussteller des Ladescheins nur für die von ihm verschuldete Unrichtigkeit der Waarenbezeichnung auf Ersatz des hierdurch dem Inhaber des Ladescheins erwachsenen Schadens hafte.

Andererseits hat in einem bereits vor Emanation des Handelsgesetzbuchs ergangenen Urtheil vom 9. Dezember 1861 das Ober-Appellationsgericht zu München (Seuffert's Archiv XV Nr. 49) auf die Ladescheine der Binnenschiffer schlechthin die Grundsätze des Seekonnossements angewandt, und es findet diese Auffassung auch in der Doktrin zahlreiche Vertreter: Gad, Handelsrecht S. 299 f.; Endemann, § 178 [ebendort 4. Aufl.] (und jetzt im Handbuch II S. 39); Bluntschli-Dahn, Deutsches Privatrecht S. 489; Puchelt, Kommentar S. 854, 855 (in der 2. Aufl. II S. 407, 408 ist mit Recht die Berufung auf die »zweifellose Ansicht des Reichs-Oberhandelsgerichts« in Wegfall gekommen [vgl. 4. Aufl. II S. 1266]).

In meinem Handbuch habe ich bemerkt (§ 75 Note 94):

> Inwieweit eine Haftung für Qualitäts- und Quantitäts-Angaben im Ladeschein anzunehmen, ist nach dem zu ermittelnden Willen der Betheiligten und den Umständen bezw. nach Handelsgebrauch festzustellen,

im Zweifel jedoch greift die Analogie der Konnossementsgrundsätze Platz.

Auch nur eine derartige Präsumtion halte ich in der angegebenen Richtung nicht mehr für begründet, nachdem ich mich genauer über das im Binnenschiffahrtsverkehr übliche Verhalten der Betheiligten informirt habe*).

So unbedenklich nämlich davon auszugehen ist, dass der geschichtlich dem Konnossement des Seeschiffers nachgebildete Ladeschein, gleich dem ersteren, eine einseitige, nur auf der Schrift beruhende Verbindlichkeit zur Auslieferung des in demselben bezeichneten Frachtgutes begründet, und dass zur Ausfüllung gesetzlicher Lücken die Grundsätze vom Konnossement verwendet werden dürfen,

Protokolle S. 4768, 4769, 4770, vgl. auch hamburger Handelsgerichtszeitung 1874 Nr. 26,

so bedarf doch eine derartige Verwendung jedes einzelnen Rechtssatzes der sorgsamen Prüfung, und es lässt sich nicht allgemein, insbesondere nicht für den hier in Frage stehenden Ladeschein eines gewöhnlichen Flussschiffers, annehmen, dass eine gesetzliche oder doch auf dem Willen der Betheiligten beruhende Verantwortlichkeit des Schiffers für die in dem Konnossement enthaltene Qualitätsbezeichnung bestehe.

Die Art. 653 und 654 des H.G.B.'s bestimmen:

> Das Konnossement ist entscheidend für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Verfrachter und dem Empfänger der Güter; insbesondere muss die Ablieferung der Güter an den Empfänger nach Inhalt des Konnossements erfolgen.
>
> Der Verfrachter ist für die Richtigkeit der im Konnossement enthaltenen Bezeichnung

*) Von besonderem Gewicht war mir die Auskunft meines inzwischen (1881) verstorbenen Bruders, des Geh. Kommerzienraths Goldschmidt in Danzig, welcher als vieljähriger Vorsteher der Aeltesten der dortigen Kaufmannschaft, als Richter am Kommerz-Kolleg und Inhaber eines grossen Getreide-Kommissionsgeschäfts die Uebungen namentlich der Weichselschiffahrt genau kannte. Er erklärte meine nunmehrige Auffassung als die in der Kaufmannswelt allgemein und ausnahmslos geltende. Man lege auf das Bekenntniss im Ladeschein kein erhebliches Gewicht, viel grösseres auf die »Probe«; die Klausel »Inhalt unbekannt« komme in Ladescheinen polnischer Stromschiffer nicht vor und würde verdächtig erscheinen.

der abgeladenen Güter dem Empfänger verantwortlich. — —

Diese Grundsätze stehen in genauer Verbindung mit den Bestimmungen der folgenden Artikel 655, 656, 657, 660, welche die Verantwortlichkeit für die richtige Bezeichnung verpackter oder in geschlossenen Gefässen übergebener Güter modificiren, Statthaftigkeit und Wirkung der üblichen, die Verantwortlichkeit abschwächenden oder beseitigenden Klauseln »Inhalt unbekannt«, »Zahl, Maass, Gewicht unbekannt«, regeln. Und wenn mit gutem Grunde behauptet werden darf, dass die hervorgehobenen Prinzipien der Art. 653, 654 H.G.B.'s sich als die natürlichen Konsequenzen aus dem Wesen der durch das Konnossement begründeten Skripturobligation ergeben, so bildete doch eben die gesetzliche Anerkennung dieser Konsequenzen Gegenstand des lebhaftesten Streites, und sie sind nur in Verbindung mit den erheblich abschwächenden Bestimmungen der folgenden Artikel zur Geltung gelangt. Weder die deutsche Praxis und Theorie erkannte die Konnossementsangaben über Beschaffenheit und Menge der Waaren als schlechthin verbindende, vielmehr regelmässig als nur enunciative an, noch ist das strenge Prinzip in Gesetz und Praxis der wichtigsten Handelsvölker bisher zum vollen Durchbruch gelangt:

Goldschmidt, Handbuch S. 687—690, insbes. Note 10, 13, 16.

Der für Ladescheine maassgebende Art. 415 H.G.B.'s enthält die hervorgehobenen Bestimmungen der Art. 653, 654 nicht. Er begnügt sich mit dem Satze:

Der Ladeschein entscheidet für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Gutes.

Nimmt man hierzu freilich Art. 413 Abs. 2:

Der Ladeschein ist eine Urkunde, durch welche der Frachtführer sich zur Aushändigung des Gutes verpflichtet,

und Art. 414 Abs. 1:

Der Ladeschein enthält:

1) die Bezeichnung der geladenen Güter nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen,

so ist der Schluss statthaft, dass gegenüber dem Empfänger des Gutes schlechthin die im Ladeschein enthaltene Bezeichnung von Beschaffenheit und Menge maassgebend sei und vertreten werden müsse. Der Schluss liegt um so näher, als in den meisten anderen maassgebenden Beziehungen der Ladeschein ausdrücklich nach den Regeln der Konnossemente normirt ist, auch Art. 303 den Grundsatz der modernen Skripturobligationen, dass der Verpflichtete sich nur solcher »Einreden« bedienen könne, welche ihm nach Maassgabe der Urkunde selbst oder unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen, auf den Ladeschein zur Anwendung bringt — wobei freilich zu bemerken ist, dass es sich in einem Falle dieser Art um keine Einreden handelt, daher auch ein Unterschied zwischen indossirten und nicht-indossirten Ladescheinen nicht anzuerkennen ist, endlich, weil augenscheinlich die vom Gesetzgeber ja bezweckte Schaffung eines sicheren und negociablen Umlaufspapiers eine derartige Normirung zu erfordern scheint.

Dagegen darf jedoch nicht unerwogen bleiben, dass gerade die hier in Frage stehende Konsequenz aus dem Wesen der Skripturobligation für das seit vielen Jahrhunderten in allgemeiner Uebung der civilisirten Nationen befindliche Konnossement sich bisher keineswegs überall und auch im deutschen Handelsgesetzbuch nur unter mannigfachen Kautelen Geltung verschafft hat; dass der Gesetzgeber dergleichen Kautelen für den Ladeschein nicht aufgestellt hat, und dass dieselben auch im Binnenschiffahrtsverkehr keineswegs in Uebung sind, dass namentlich die wichtige und weittragende Klausel »Inhalt unbekannt« hier nur selten oder gar nicht (z. B. nicht im polnischen Getreidehandel) vorkommt; endlich dass die wirthschaftlichen Unterlagen des Binnenschiffahrtsverkehrs erfahrungsmässig von denen des Seefrachtverkehrs erheblich abzuweichen pflegen. Der letztere wird regelmässig nur in grösseren mehr oder minder kostspieligen Fahrzeugen durch Einzelne oder durch Gesellschaften (Rhedereien, Aktiengesellschaften u. s. f.) nach kaufmännischen Grundsätzen betrieben. Der Verfrachter pflegt nach Vermögenslage, Erfahrung und Schulung mit dem Umfange der durch Gesetz, Usance oder ausdrückliche Uebereinkunft auferlegten Verpflichtung ausreichend vertraut zu sein. Die Hilfspersonen, deren er sich

im Frachtgeschäft bedient, pflegen erfahrene und nicht bloss seemännisch gebildete Männer zu sein, welchen an den Ablade- und Löschungsplätzen noch dazu sehr häufig Agenten oder Geschäftsfreunde der Rhederei zur Seite stehen. Alles dies verhält sich in dem gewöhnlichen Binnenschiffahrtsverkehr anders. Die Verfrachter sind hier meist Einzelunternehmer, von geringer geschäftlicher Erfahrung und kleinem Vermögen, für ihren Beruf mehr oder minder nothdürftig geschult, persönlich mit einigen Knechten an der Ausführung des Transports betheiligt, nach ihrem Bildungsgange mit geschäftlichem Brauche nicht vertraut und zum Verständniss komplicirter Geschäftsverhältnisse nicht geeignet. Es ist daher billig und gerecht, dass das Gesetz diesen Unterschieden Rechnung trägt.

Dies ist in zahlreichen Beziehungen geschehen. Während die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See ein absolutes Handelsgeschäft, H.G.B. Art. 271 Ziff. 4, ist das Geschäft des auch den Schiffer einschliessenden Binnen-Frachtführers ein nur relatives Handelsgeschäft, H.G.B. Art. 272 Ziff. 3, und gelten gewöhnliche, mit dem blossen Personentransport befasste Transportunternehmer überhaupt nicht als Kaufleute, H.G.B. Art. 272 Ziff. 3 verb. mit Art. 4. Während der Rheder schlechthin Vollkaufmann ist, sind die gewöhnlichen Schiffer nur Kaufleute minderen Rechts und minderer Pflicht, H.G.B. Art. 10. Demgemäss waren von der ursprünglich statuirten Zwangspflicht zur Ausstellung von Ladescheinen (bezw. entsprechenden Frachtbriefsduplikaten) die gewöhnlichen Fuhrleute und Schiffer eximirt, wie denn überhaupt das ganze Institut der Ladescheine nur mit Rücksicht auf die grösseren Transport-Unternehmungen vertheidigt wurde (Protok. S. 1240—1247), bis mit dieser Zwangspflicht auch die Ausnahme wegfiel:

> Goldschmidt, Handbuch § 75 Note 80, 91 (S. 760, 763).

Endlich wurde, nachdem erst in der Berathung des Seerechts die entsprechenden Bestimmungen der Konnossementslehre ihre gegenwärtige definitive Gestalt erhalten hatten, zwar in der dritten Lesung der vier ersten Bücher beantragt, dem gegenwärtigen Art. 415 (II. Nürnberger Entwurf Art. 387) eine dem gegenwärtigen Art. 653 des Gesetzbuchs

entsprechende Fassung zu geben, dieser Antrag jedoch mit 12 gegen 1 Stimme abgelehnt. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Verhältnisse bei Konnossementen und Ladescheinen nicht vollkommen gleich seien; dass es für den Ladeschein an allen Vorschriften über die Anwendung und Auslegung der Klausel »Inhalt unbekannt« fehle; dass der Antrag zwischen den verschiedenen Fällen, wo die Güter verpackt und wo sie lose übergeben seien, nicht gehörig unterscheide; dass die entsprechenden und keineswegs selbstverständlichen Vorschriften des Seerechts mit dessen Bestimmungen über die üblichen Klauseln ein zusammengehöriges Ganzes bildeten und es daher angemessen sei, die Frage, wie weit der Frachtführer den Ladeschein in den angegebenen Beziehungen zu vertreten habe, der Beurtheilung nach den Umständen der einzelnen Fälle anheimzugeben:

Protok. S. 4771—4774.

Schon bei der früheren Berathung aber war darauf hingewiesen worden, wie das ganze Institut sich nur für gröſsere Schiffahrtsunternehmungen eigne, und dass, wenn man auch bisher schon im Flussverkehr sich häufig der Konnossemente bedient habe, ihnen doch in der gerichtlichen Praxis die Kraft von solchen nicht beigelegt worden sei, weil der kleinere Frachtführer selten im Voraus die Bedeutung eines derartigen Papiers zu würdigen vermöge:

Protok. S. 1240—1243.

Auch der neueste, durch eine Kommission des Deutschen Handelstages festgestellte Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verhältnisse der Fluss- und Binnenschiffahrt, Berlin 1869, will zwar § 58 den Kahnschiffer für die Richtigkeit der im Ladeschein enthaltenen Bezeichnung der abgeladenen Güter dem Empfänger verantwortlich machen, aber doch nur, indem er gleichzeitig Bestimmungen über die entsprechenden Klauseln trifft, und die Motive S. 51 heben ausdrücklich hervor, dass diese Grundsätze bisher für die Binnenschiffahrt nicht gegolten haben. —

Enthält so das bestehende Gesetz eine Regel für Fälle der vorliegenden Art nicht, und kann, zumal unter der Herrschaft entgegenstehender Praxis des höchsten preussischen Landesgerichtshofs, sich schwerlich eine Ueberzeugung der Betheiligten gebildet haben, dass durch die blosse Unterzeichnung

eines Ladescheins, welcher formularmässig eine gewisse Qualität der eingeladenen Güter angibt, eine Garantie für diese angegebene Beschaffenheit dem Empfänger gegenüber übernommen werde, so entbehrt der erhobene Angriff der rechtlichen Begründung. Ob es bei schuldbarer Unterzeichnung eines unrichtigen Ladescheins sich anders verhalten würde, bedarf keiner Erörterung, denn Klägerin behauptet selbst nicht, dass der Verklagte im Stande war, die mangelhafte, von ihr bestimmt verneinte Beschaffenheit des Rübsens zur Zeit der Unterzeichnung des Ladescheins zu erkennen.«

5.

DIE

KREATIONSTHEORIE

UND DER

ENTWURF

EINES

BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH.

(1889.)

I.

Es ist eine peinliche Wahrnehmung, denn sie erweckt Zweifel an der Gesundheit unseres nationalen Rechtsbewusstseins, dass über die so wichtige Frage, ob die Verpflichtung aus Inhaber- und Order-Papieren bereits durch Fertigstellung der Urkunde oder erst durch deren Weggabe (Begebung?) begründet werde, seit einem Menschenalter ein, man darf sagen, mit steigender Lebhaftigkeit geführter Kampf entbrannt ist. Denn auch, nachdem diese Frage, welche ursprünglich nur im Gewande konstruktiver Spekulation erschien, auf das noch bedeutsamere Gebiet der praktischen Rechtsfolgen hinübergeleitet ist, stehen sich die Ansichten vielleicht gleich erfahrener und wissenschaftlich eindringender Juristen auch über das, was Treu und Glauben, was die Interessen und die Sicherheit des Verkehrs erheischen, somit über diejenigen Anforderungen, welche nach dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart an eine gerechte und zweckmässige Rechtsordnung in Gegenwart und Zukunft zu stellen seien, schnurstracks entgegen. Wenn Kuntze, Endemann, Windscheid, Dernburg u. A. es nur zweckmässig und gerecht finden, dass ein von mir fertig hergestelltes Papier, welches eine Verpflichtung zu Gunsten noch unbestimmter Nehmer ausdrückt, auch dann meine Verpflichtung gegen jeden (nach Einzelnen: mindestens gegen jeden gutgläubigen) Nehmer begründe, wenn dieses Papier von mir an Niemand begeben oder auch nur weggegeben ist, vielmehr ohne, ja wider meinen Willen meinem Gewahrsam entzogen worden ist, wird eine zu dieser Konsequenz führende juristische Konstruktion von einer sehr grossen, ja wohl noch von der weit überwiegenden Zahl der Juristen, unter denen sich gleichmässig gewiegte Kenner des römischen, wie des deutschen und des Handelsrechts, hervorragende Rechtslehrer wie Praktiker befinden, als schlecht-

hin zweckwidrig, ja ungerecht verworfen. So hat, um von den bekannten wissenschaftlichen Erörterungen dieser Streitfrage zu schweigen, der sechzehnte deutsche Juristentag 1882 (Referent Brunner) sich gerade de lege ferenda sehr entschieden gegen die sog. Kreationstheorie erklärt, wenngleich für massenhaft emittirte Inhaberpapiere nach öffentlich angekündigter Emission oder nach thatsächlich erfolgtem Emissionsbeginn eine Konzession an das unterstellte Verkehrsbedürfniss für wünschenswerth erachtet wurde (Verhandlungen II S. 227—238, 338—340). Dieser Meinungsäusserung wohnt naturgemäss, wenn auch nicht gerade für streng wissenschaftliche, wohl aber für solche Fragen, welche nur aus dem Rechtsbewusstsein der Nation und aus lebendiger Gesammtanschauung der Verkehrsbedürfnisse gelöst werden können, ein sehr erhebliches Gewicht bei. Ein so erfahrener, seit mehr als einem Menschenalter im grossen Bankverkehr stehender Jurist wie Ladenburg hat schon 1865 (Archiv für Wechselr. XIV S. 290) gegen Kuntze ausgerufen: »Der Finder, der Dieb, der Räuber erlangen durch die Besitzergreifung des Papiers dieselben Rechte wie derjenige, welcher es von dem Aussteller erhalten hat. Diese Lehre, sollte man glauben, kann nicht von einem Rechtslehrer herrühren, denn sie lehrt Unrecht; sie ist wider die Grundlage des Rechts, der Moral und der Sitte gerichtet; sie bedroht den Verkehr und empört das Rechtsgefühl. Die Rechtswissenschaft wäre ihres Namens unwürdig, wenn sie dieselbe annähme.« Und der schweizerische Jurist Carlin sagt jetzt (Zeitschr. XXXVI S. 16): »An diesem Einwurfe scheint uns die Kreationstheorie in Ermangelung einer positiv-rechtlichen Bestimmung, wie sie z. B. der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs § 687 vorschreibt, unbedingt zu scheitern.«

Es darf den Vertretern der Kreationstheorie der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass sie es mit der Untersuchung, ob die Rechtssätze, welche sie — mehr oder minder folgerichtig — als Konsequenz ihres Theorems anerkennen oder wider Willen anerkennen müssen, auch wirklich in unserem geltenden Recht begründet sind, ja nur dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart (nicht dem einer möglichen Zukunft) entsprechen, sehr leicht nehmen. Denn ihr noch so scharfsinnig ausgedachtes »Prinzip« ist doch nur dann richtig, falls die

diesem Prinzip entsprechenden Rechtssätze bestehen, nicht, wenn sie sich logischer Weise aus einem unterstellten Prinzip ableiten lassen. Ex jure quod est, regula sumatur. Charakteristisch in dieser Hinsicht sind die Aeusserungen Endemann's, Das deutsche Handelsrecht:

In der 3. Auflage (1876) hatte dieser Schriftsteller sich ziemlich unbestimmt darüber geäussert, ob schlechthin auch aus dem wider Willen in den Verkehr gekommenen Papier der Aussteller obligirt werde (S. 395 verb. mit Note 17 S. 407), auch keinen Versuch positiv-rechtlicher Begründung gemacht. In der 4. Auflage (1887) sagt er S. 380: »Von dem Wesen des Werthpapiers aus liegt die Antwort (ob die Verpflichtung schon aus der Ausstellung oder erst aus der Begebung entspringt) am nächsten, dass der Aussteller durch die Ausstellung, bei der er sich der Verantwortung bewusst sein muss, die eigene Verbindlichkeit oder die Erfüllung des Dritten übernimmt. Dafür spricht auch, dass das Recht auch aus solchen Order- und Inhaberpapieren geltend gemacht werden kann, die ohne oder gegen den Willen des Ausstellers des Papiers selbst oder der Uebertragungserklärung in Umlauf gekommen sind.« (Dazu Note 20: »Die Praxis scheint sich dieser Auffassung anzuschliessen: R.G. II S. 7, vgl. R.O.H.G. XIX S. 31« — von diesen beiden allein citirten Urtheilen steht das letztere der Kreationstheorie entgegen — s. Zeitschrift für Handelsr. XXVIII S. 103 [oben S. 109] — und enthält das erste nur eine die Entscheidung nicht tragende Motivirung — s. Zeitschr. für Handelsr. XXVIII S. 106 [oben S. 112]). »Indessen ist die Theorie nur theilweise geneigt, eine solche Bedeutung des Kreationsaktes anzuerkennen« u. s. f. Dann heisst es S. 386: »Das Inhaberpapier ist Kreditpapier, das der Realisirung bedarf. Der Aussteller steht kraft der Ausstellung für die darin versprochene Leistung ein.« Und dazu Note 12: »Kuntze § 79 ff.: Die Kreationstheorie ist hier ganz unentbehrlich. Die Kreation liegt in der Unterzeichnung, die auch eine faksimilirte sein kann.«

Somit folgert Endemann die »Kreationstheorie« theils aus dem »Wesen« des Werthpapiers, theils, bei Inhaberpapieren wenigstens, aus ihrer Unentbehrlichkeit, und seine einzige positive Stütze für den behaupteten Rechtssatz ist, dass die Praxis sich dieser Auffassung anzuschliessen »scheint«.

Ich finde nicht, dass irgend ein Vertreter dieser Theorie einen besseren Beweis erbracht hätte. Denn, wäre es auch wahr, dass in einigen oberstrichterlichen Entscheidungen die vielleicht oder sicherlich sachlich zutreffende Entscheidung unnötiger Weise auf die Kreationstheorie gestützt wäre, mit anderen Worten, dass der oberste Gerichtshof, wie das ja auch sonst nicht selten begegnet, eine sachlich zutreffende oder, obwohl mit dem positiven Recht schwer vereinbare, immerhin dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart entsprechende Entscheidung in ein juristisch nicht zutreffendes Gewand gekleidet hätte, so würde doch dieser juristischen Deduktion nicht der Charakter eines Rechtssatzes zukommen, auch nur eines vom obersten Gerichtshof anerkannten und befolgten Rechtssatzes. Man müsste denn mit Thöl (Handelsrecht, 6. Aufl., I § 225 Note 8) in solchem gelegentlichen Ausspruch des obersten Gerichtshofs die Statuirung eines »Gewohnheitsrechts« finden — was ebenso gefährlich wäre, wie es unserem bestehenden Recht widerstritte.

Da ich die von den Vertretern der Kreationstheorie (Kuntze will in diesen Urtheilen nicht sowohl die Kreationstheorie als »Redlichkeitstheorie« anerkannt finden) immer wieder allegirten Urtheile bereits einmal genau analysirt und auf ihren wahren Werth zurückgeführt habe (Zeitschrift XXVIII S. 180 ff., oben S. 108 ff.), so erübrigt der Nachweis, dass nur eine sehr flüchtige Lektüre zu der Annahme führen kann, der oberste Gerichtshof habe die Kreationstheorie adoptirt. Das erste und wichtigste dieser Urtheile (Entscheidungen des R.O.H.G.'s Bd. XVII S. 105 ff., II. Senat, 27. Februar 1875) entscheidet den Fall, dass der mit der Emission fertig hergestellter Inhaberpapiere beauftragte Sachführer dieselben nach Widerruf des Emissionsauftrages begibt, um deren Erlös im eigenen Nutzen zu verwenden. Die Haftung des Papierausstellers stützt der oberste Gerichtshof in diesem Falle nicht darauf, dass der Aussteller bereits durch die Ausfertigung des Papiers obligirt gewesen sei, sondern darauf, dass derselbe durch den Akt der Ausstellung eine Garantiepflicht — Schadensausgleichungspflicht? — bei missbräuchlicher Benutzung übernahm. Gelangt man aber nicht zu dem gleichen praktischen Ergebniss, falls man den die Haftung des Ausstellers gegen gutgläubige Nehmer rechtlich bewirkenden Um-

stand nicht in die Ausstellung des Papiers, sondern in dessen Anvertrauung an den ungetreuen Sachführer (Mandatar, Depositar) findet? Unzweifelhaft lässt sich ja mit guten Gründen (s. auch, obwohl in der Motivirung vielleicht nicht ganz zutreffend, Brunner in Endemann's Handbuch II S. 167 Note 17) die Annahme vertreten, dass ein nicht gestohlenes oder verlorenes, sondern veruntreutes (unterschlagenes) und dadurch (von dem ungetreuen Verwalter, Depositar etc.) in Verkehr gesetztes Inhaber- oder Orderpapier in dritter redlicher Hand Recht wider den Aussteller gibt. Man darf innerhalb eines Rechtssystems, welches wie das deutsche Handelsgesetzbuch und das in casu — einem bremischen Fall — maassgebende bremische Recht den Grundsatz »Hand wahre Hand« in aller Schärfe durchführt, die Anwendung dieses Prinzips auf einen derartigen Fall, sei es direkt (die Begründung, welche hier etwas zu umständlich ausfallen würde, könnte auf einer eingehenden Prüfung des Geltungsumfanges von H.G.B. Art. 306 im Verhältniss zu den besonderen Vorschriften des Art. 307 fussen), sei es mindestens analog, ohne Rechtsirrthum, sicher ohne Verstoss wider das nationale Rechtsbewusstsein für statthaft, ja für geboten erachten; es könnte auch vielleicht die Gesetzgebung veranlasst sein, zur Abschneidung von Zweifeln einen derartigen Rechtssatz aufzustellen. Allein es bedarf keiner Ausführung — und dies hat leider die unnöthiger Weise weit über das praktische Ziel der Entscheidung hinausgreifende Rechtsdeduktion des Reichs-Oberhandelsgerichts übersehen — dass der Fall, da der Aussteller des Inhaberpapiers dasselbe einem Dritten zur Aufbewahrung und sogar zur eventuellen Begebung übergibt und damit dessen Treue vertraut, und der Fall, dass das im Besitz des Ausstellers gebliebene Papier demselben wider Willen entzogen wird, sehr weit auseinanderliegen[1]; es ist durchaus petitio principii, dass diejenige ratio, welche das

[1] Wenn daher Dernburg in der 2. und 3. Auflage (II S. 27) seines preussischen Privatrechts den Satz aufstellt, die Praxis werde nicht daran zweifeln, dass die in dem Papier beurkundete Obligation auch zur Geltung kommt, wenn die Papiere dem Aussteller »gestohlen« wurden und in die Hand des bona-fide-Erwerbers kommen, so hat er jetzt (4. Aufl. S. 27 [5. Aufl. ebendort]) an die Stelle des Wortes »gestohlen« das Wort »veruntreut« gesetzt, und die Autorität des Reichs-Oberhandelsgerichts, welche er früher für die Wirksamkeit der »gestohlenen« Papiere angerufen hatte, jetzt mit besserem Grund nur für

Gesetz bei dem vom Aussteller bereits begebenen Inhaberpapier über den Grundsatz »Hand wahre Hand« hinausgehen lässt (Art. 307 im Verhältniss zu Art. 306 H.G.B.'s), für das noch nicht begebene, ja nicht einmal aus der Hand des Ausstellers mit dessen Willen herausgekommene Papier zutreffe.

Die zweite Entscheidung, einen Wechsel betreffend (Entscheidungen des R.O.H.G.'s XIX S. 31 ff.) verneint die Kreationstheorie und lässt die Frage über das Recht späterer (gutgläubiger) Nehmer ganz korrekt unerörtert (s. Zeitschr. XXVIII S. 102 ff. [oben S. 109 ff.]). Ein drittes Urtheil (5. Civilsenat des Reichsgerichts, 19. Juni 1880: R.G. II S. 66) motivirt eine unzweifelhaft richtige Entscheidung, nämlich dass ein schenkungsweise ausgestellter und ausgehändigter eigener Wechsel als »übergebene Sache« im Sinne des preuss. Rechts (A.L.R. I, 11 § 1065) gilt, mit dem beiläufigen, die Entscheidung gar nicht tragenden und recht unklar gefassten Satze, dass der Wechsel bereits vor der Aushändigung eine bewegliche Sache sei, welche sogar durch die Cirkulation ohne den Transportwillen des Ausstellers wechselmässige Ansprüche zu begründen geeignet sei.

Diesen Urtheilen, von denen jedes ohne die an die Kreationstheorie direkt oder indirekt anklingenden Entscheidungsgründe zu durchaus gleichem Ergebniss gelangen musste, steht gegenüber eine sehr beträchtliche Zahl von Urtheilen des obersten Gerichtshofs, welche direkt sich gegen die Kreationstheorie erklären. So die bereits in der Zeitschr. XXVIII S. 103, 104 [oben S. 111 ff.] analysirten Urtheile vom 1. Oktober, 16. Oktober 1880, 2. März und 27. September 1881 (Entsch. II S. 90, 97, IV S. 255, V S. 82), welche sich sämmtlich auf Orderpapiere (Wechsel) beziehen. Vgl. auch Entsch. des R.O.H.G.'s XVII S. 336 und 406[1]. Ein weiteres Urtheil des

die »veruntreuten« in Anspruch genommen. Wenn aber Dernburg noch jetzt in der Note 16 fortfährt: »Gegen diese Ansicht hat sich erklärt Goldschmidt, Rezension in seiner Zeitschr. Bd. 23 S. 307«, so übersieht Dernburg auffallender Weise, dass ich mich an der citirten Stelle nicht gegen das praktische Ergebniss der Entscheidung, sondern gegen deren Deduktion ausgesprochen und dass ich Zeitschr. XXVIII S. 100 sehr scharf zwischen gestohlenen und veruntreuten Inhaberpapieren unterschieden habe.

[1] S. auch Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts S. 202—204. Auch Dernburg gibt jetzt zu (4. Aufl. S. 27 Note 16 [ebendort 5. Aufl.]): »Die Theorieen der Reichsgerichte sind übrigens keineswegs miteinander konform.«

III. Civilsenats vom 12. Juni 1885 (Entsch. XIV S. 22 ff.) führt aus: »Der Vorinstanz ist zuzugeben, dass die Entstehung einer jeden Wechselverbindlichkeit durch den Abschluss eines Wechselvertrages bedingt ist und dass demnach die Einrede eines Wechselbeklagten, er habe einen dem eingeklagten Wechselanspruch entsprechenden Wechselvertrag nicht abgeschlossen, aus dem Wechselrecht selbst hervorgeht, und somit gemäss Art. 82 W.O. an sich gegen jeden Wechselkläger vorgeschützt werden kann.« Demnächst heisst es, im Anschluss an die konstante Praxis, dass dieser Vertrag auch durch Geben und Nehmen eines Blancoaccepts mit der Wirkung geschlossen werden könne, dass der Blancoacceptant auch für den vom Nehmer etwa vertragswidrig ausgefüllten Wechsel gutgläubigen Dritten haftet. In einem weiteren Falle, Urtheil des I. Civilsenats vom 24. Juni 1884 (Entsch. XIV S. 94 ff.), handelte es sich um Inhaber- oder Orderpapiere, welche einem Dritten von der Ausstellerin mit der Ermächtigung übergeben waren, sie in Umlauf zu bringen.

Dies dürfte genügen, um die Berufung der Vertreter der Kreationstheorie auf die deutsche Praxis klarzustellen.

Die Kreationstheorie beruht aber auf unrichtigen geschichtlichen wie dogmatischen Prämissen. Dies soll noch in Kürze berührt werden.

Geschichtlich ist der von Kuntze und Siegel mit grossem Aufwand von Scharfsinn versuchte Nachweis, dass die Kreationstheorie, welche ja unstreitig im römischen Recht nicht ihre Wurzel hat, auf Prinzipien des deutschen Rechts beruhe, nicht nur völlig misslungen, sondern es ist auch von den gründlichsten Kennern der Quellen des deutschen Rechts, insbesondere von Brunner, das volle Gegentheil dargethan. Und wenn Dernburg (Preuss. Privatrecht, 4. [auch 5.] Aufl., II S. 25 ff.) in freilich sehr abgeschwächter und unbestimmter Fassung gleichwohl auf die angeblich »deutsche Rechtsanschauung« zurückkommt, indem zwar »in älterer Zeit« ein Begebungsvertrag erfordert sein mag, aber später doch die sehr lax behandelte Acceptation »ihre materielle Bedeutung verloren habe und schliesslich in gewissen Fällen absterben

musste«, so ist er sogar für diese Thatsache, so viel ich sehe, jeden Beweis schuldig geblieben.

Dogmatisch lässt sich:

1. meines Wissens in unserem gesammten Recht nirgends der Grundsatz nachweisen, dass ein blosses internum, das Niederschreiben einer Urkunde, wenngleich zu rechtsgeschäftlichen Zwecken, eine rechtliche Verpflichtung des Ausstellers dieser Urkunde zu erzeugen vermöge — denn dass es mit dem Wechselaccept, welches thatsächliche Annahme eines voraufgegangenen Vertragsantrages ist, sich anders verhält, dürfte ausreichend dargethan sein (vgl. meine Ausführungen Zeitschr. XXVIII S. 84 ff. [oben S. 94 ff.] und Pappenheim ebenda XXXIII S. 449) — noch dass in Ermangelung positiver Rechtsvorschrift eine Verpflichtung ohne bethätigten Verpflichtungswillen entstehe;

2. die Gesammtheit der unzweifelhaft für Order- und Inhaberpapiere geltenden Rechtssätze ohne die Kreationstheorie juristisch konstruiren — ich komme zum Schlusse darauf zurück —; dagegen lassen sich allerdings diejenigen Rechtssätze, deren Bestand eben nur behauptet wird, ohne dass für deren Existenz auch nur der Anschein eines Beweises erbracht wäre, nur mittelst der Kreationstheorie konstruiren. Diese Theorie ist somit nur ein vielleicht bequemerer Konstruktionsapparat für geltende Rechtssätze, dagegen gleichzeitig, und darin liegt ihre Gefährlichkeit und Unstatthaftigkeit, ein Konstruktionsapparat für eine unabsehbare Fülle nur erdachter, weder geltender noch auch nur zweckmässiger Rechtssätze.

II.

War es auch bekannt, dass unter den Mitgliedern der Civilgesetzkommission sich Anhänger der Kreationstheorie befanden, dass insbesondere der Redaktor des Obligationenrechts, der scharfsinnige württembergische Obertribunals-Vizepräsident v. Kübel sich bereits in der Vorlage des ersten Theilentwurfs ganz den Siegel'schen Deduktionen angeschlossen hatte, wie denn auch in Württemberg — und nur hier — ein Gesetz vom 16. September 1852, jetzt vom 18. Oktober 1879 Art. 17, vgl. 16, die Staatsschuldenkasse anscheinend schlechthin (?) zur Einlösung »verlorener« Staatsschuldscheine gegen den gutgläubigen Erwerber verpflichtet, so überraschte es doch, dass

der nunmehr vorliegende Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs die Kreationstheorie gleichsam mit Haut und Haaren adoptirt, ja sämmtliche von einzelnen Schriftstellern deducirten Konsequenzen zu positiven Rechtssätzen, wenngleich nur für die Inhaberpapiere (alle?), gestaltet. Diese Auffassung, heisst es in den — hier ungewöhnlich dürftigen — Motiven II S. 695, welche »entgegen der Vertragstheorie die rechtliche Verpflichtung des Ausstellers zu der in der Schuldverschreibung bezeichneten Leistung in der verbindlichen Kraft des in der Urkunde erklärten einseitigen Verpflichtungswillens findet, hat in der Doktrin, wie in der Praxis der Gerichte, stetig fortschreitende (!!) Anerkennung gefunden[1]. In der That finden auch die wichtigsten Rechtssätze über das aus der Ausstellung von Schuldverschreibungen auf Inhaber entstehende obligatorische Verhältniss, welche an sich heutzutage kaum noch einer Anfechtung ausgesetzt sind, nur in jener Auffassung ihre natürliche, der Absicht des Ausstellers derartiger Urkunden entsprechende Erklärung«. Die Auffassung des Entwurfs ist also augenscheinlich nur als Konstruktivsatz für gewisse unbezweifelte Rechtssätze gemeint — es ist nicht gesagt, welche Rechtssätze zu den unzweifelhaften gerechnet werden; indessen aus der Ausführung der Motive S. 697, auf welche ich zurückkomme, scheint hervorzugehen, dass gewisse vom Entwurf aufgestellte Rechtssätze aus andern als konstruktiven Gründen, nämlich aus Zweckmässigkeitsgründen adoptirt sind.

In ihrem Zusammenhang lauten die hier einschlagenden Rechtssätze des Entwurfs wie folgt:

1.

§ 342. Das einseitige, nicht angenommene Versprechen ist unverbindlich, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.

§ 343. Wird ein einseitiges Versprechen von dem Gesetze als verbindlich anerkannt, so finden auf das daraus entstehende Schuldverhältniss die für Schuldverhältnisse aus Verträgen geltenden Grundsätze ent-

---

[1] Die Note hierzu citirt Windscheid, Hasenöhrl (vgl. über dessen Ausführungen Krasnopolski in der Zeitschr. für Handelr. XXXIV S. 583 ff.), Eccius und die beiden wiederholt besprochenen Entscheidungen: R.O.H.G. XVII S. 150 ff. = Seuffert's Arch. XXXI Nr. 277 und R.G. IV S. 177.

sprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.

Die obligirende Kraft des einseitigen Versprechens bildet so, nach dem Entwurf, einen nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zugelassenen Ausnahmefall. Ausnahmsweise zugelassen werden im Gesetz (Entwurf) nur drei Fälle: »Schuldverschreibung auf Inhaber (§§ 685—703), die Auslobung (§§ 581 bis 589) und die Stiftung« (§ 58) — wie auch in den Motiven II S. 175 ausdrücklich hervorgehoben wird, doch soll die Anwendung auf »rechtsähnliche Verhältnisse« (Entw. § 1) nicht ausgeschlossen sein.

Mir scheint § 342 überflüssig zu sein, insofern ja der Entwurf selbst zu erkennen gibt, welche nicht vertragsmässigen Verpflichtungen er anerkennt; schädlich, weil der ja möglichen richterlichen Anerkennung anderweitiger einseitiger Zusagen (z. B. der einseitigen Erklärung des Uebernehmers eines Handelsgeschäfts, er wolle die Geschäftsschulden zahlen) trotz der Verwahrung der Motive, ein Riegel vorgeschoben und damit, zumal in Verbindung mit der so prinzipwidrigen Ausschliessung des Gewohnheitsrechts (§ 2) der gesunden Rechtsentwickelung eine unerträgliche Fessel angelegt wird.

2.

§ 879 bestimmt, dass ein Inhaberpapier (nicht bloss »eine Schuldverschreibung auf Inhaber«) ungeachtet mangelnden Eigenthums des Veräusserers auch dann, wenn es ohne den Willen des Eigenthümers oder des Inhabers aus deren Inhabung gekommen ist, in das von dinglichen Lasten und dergleichen freie Eigenthum des redlichen Erwerbers übergeht, welcher dasselbe durch einen, mit körperlicher Tradition verbundenen, auf Eigenthumsverschaffung gerichteten Veräusserungsvertrag erworben hat. Dieser Rechtssatz entspricht, wie auch die Motive III S. 349 bemerken, dem zur Zeit nach Art. 307 H.G.B. geltenden Recht. Die Streitfrage, ob unter »Inhaberpapier« auch ein unvollkommenes (sogenanntes blosses Legitimationspapier) und ein vom Aussteller noch gar nicht begebenes Papier zu verstehen sei, wird weder im Entwurf selbst, noch in den Motiven berührt. Doch wird die zweite Frage im Sinne des Entwurfs, wenigstens für obligatorische Inhaberpapiere sicherlich zu bejahen, die erste im Sinne des

Entwurfs (vgl. § 685 in Verbindung mit §§ 702, 703) anscheinend zu verneinen sein.

3.

Im Uebrigen spricht der Entwurf nur von »Schuldverschreibungen auf Inhaber«, und stellt für diese — ich will dafür den kürzeren, obwohl ja an sich umfassenderen Ausdruck »Inhaberpapier« brauchen — folgende Rechtssätze auf:

a) Gläubiger aus dem Inhaberpapier wird der jeweilige Inhaber der Schuldverschreibung: § 685, d. h. nach § 797 ein Jeder, der auch nur momentan die thatsächliche Gewalt über das Papier hat. Es ist somit Gläubiger nicht allein der Eigenthümer, der redliche juristische Besitzer, der juristische Besitzer, sondern schlankweg jeder Detentor. Es ist verworfen die von Savigny und mir entwickelte, in neuerer Zeit immer allgemeiner anerkannte (vgl. z. B. Zeitschr. f. Handelsr. XXVIII S. 66, XXXIII S. 447) Eigenthumstheorie, mit ihrer scharfen Scheidung von Recht und von blossem Rechtsausweis (Legitimation), nicht minder jede Zwischentheorie; vielmehr macht die blosse Inhabung nicht allein formellen Rechtausweis, sondern materielles Recht. Dass insbesondere auch der unredliche Inhaber, auch der Dieb, Gläubiger wird, sagt zudem ausdrücklich § 687:

> »Der Aussteller der Schuldverschreibung darf dem Inhaber derselben die Leistung nicht deshalb verweigern, weil dieser die Schuldverschreibung in unredlicher Weise erworben hat, unbeschadet der Vorschrift des § 689.«

Das »unbeschadet u. s. f.« heisst, dass der Aussteller sich gegen den Inhaber solcher Einwendungen bedienen darf, welche »in dem zwischen dem Aussteller und dem Inhaber bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse sich gründen«.

Danach hat freilich der Aussteller — ganz Kuntze's Deduktion entsprechend — exceptio doli gegen den Inhaber, sofern dieser Mandatar, Depositar u. dgl. des Ausstellers, Dieb vom Aussteller ist u. s. f. — nicht dagegen, wenn der Inhaber das Papier einem Anderen, etwa dem Depositar, Mandatar des Ausstellers u. s. f. veruntreut, ja gestohlen, geraubt hat. Juristisch ausgedrückt: was bisher nur hinsichtlich des

Besitzschutzes galt, dass die auch widerrechtlich erworbene Gewalt nur demjenigen weicht, gegen welchen sie fehlerhaft erlangt ist (exc. vitiosae possessionis ab adversario — so auch b. Entw. § 819, 820), wird zum Prinzip des schlechthin sogar an die Inhabung geknüpften Forderungsrechts. Ein schon für den Besitzschutz trotz dessen nur interimistischer, dem Recht nicht präjudizirender Tragweite, nicht unbedenkliches Princip wird zum leitenden Grundsatz für Forderungsrechte erhoben!

Nach dem Entwurf sind Gläubiger zahlreiche Personen, welche dies nach der Verkehrsanschauung weder sind noch sein wollen: die Dienstmagd, welche die Banknote, den Kupon u. s. f. zum Auswechseln oder zur Bezahlung des Kaufmanns in Händen hat, jeder Kassenbote, Depositar u. dgl. m., und zahlreiche Personen, welche nach bestehendem Recht wie nach unserem Rechtsbewusstsein dies nicht sein können: der Finder, Dieb, Räuber u. s. f. Weiter: in dem Augenblick, da das Papier aus der Hand des Berechtigten, gleichviel wie, in fremde Hände geräth, erlischt das Gläubigerrecht des ersteren, und bleibt gleichwohl, gemäss § 879 (H.G.B. Art. 307) dessen Eigenthum am Papier bestehen; es ist das Eigenthum nicht, was es verständiger Weise nur sein kann, Voraussetzung des Gläubigerrechts, sondern ein blosser Rechtsbehelf zur Wiedererlangung verlorenen Gläubigerrechts.

Diese, wie mir und vielen Anderen scheint, höchst verzwickte Auffassung, welche gleichmässig dem Wesen des Eigenthums wie des Forderungsrechts widerstreitet, wird in den Motiven lediglich mit der apodiktischen, eben erst zu erweisenden Behauptung begründet, dass der Inhaber als solcher der Gläubiger sei (S. 694, 697), und dass der Aussteller — von Fällen gerichtlichen Zahlungsverbots (§ 693) abgesehen — weder Recht, noch »nach der Natur der auf den Inhaber lautenden Urkunden ein berechtigtes Interesse daran habe, an wen er zu leisten hat« (S. 697). Ob derselbe ein thatsächliches Interesse daran hat, ist freilich thatsächliche Frage; sein rechtliches Interesse aber lässt sich in abstracto gar nicht bezweifeln, somit auch nicht, dass er berechtigt (wenngleich nur in den seltensten Ausnahmefällen verpflichtet) ist, gegen den Inhaber den Beweis des Nichtrechts zu führen. So sehr gehen dem Entwurf Sacheigenthum an der Urkunde und Gläubigerrecht aus derselben auseinander, dass die Motive

sich mit der Bemerkung begnügen (S. 694, 695): die Normirung der an die Inhaberpapiere sich knüpfenden sachenrechtlichen Fragen findet sich im dritten Buch.

b) Dieser ganze Komplex von Rechtssätzen soll gelten auch von dem vor jeder Begebung durch den Aussteller in fremde Gewalt gelangten Inhaberpapier.

§ 686 lautet:

> Der Aussteller einer Schuldverschreibung auf Inhaber wird durch dieselbe auch dann verpflichtet, wenn die Schuldverschreibung dem Aussteller gestohlen oder von diesem verloren oder in anderer Weise ohne dessen Willen in den Verkehr gelangt ist. Die Verpflichtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Schuldverschreibung erst, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist, in den Verkehr gelangt.

Man kann nicht umhin, die Kühnheit der Verfasser zu bewundern, welche ihrem Gedanken einen so völlig unzweideutigen Ausdruck geben. Ja, in den Motiven S. 697 wird gesagt, es könne dahingestellt bleiben, ob das Prinzip (Kreationstheorie) sich vom theoretischen Standpunkt rechtfertigen lasse, auch ob Wissenschaft und Praxis alle gezogenen Konsequenzen billige, aber die Sicherheit des Verkehrs, das Verkehrsbedürfniss, erfordere nothwendig diese Sätze; denn es könne vom Erwerber nicht verlangt werden, dass er die Schuldverschreibung daraufhin prüfe, ob sie von dem Aussteller ausgegeben oder ohne dessen Willen in den Verkehr gelangt sei.

Nun lässt sich freilich diese Prüfung dem Erwerber nicht ohne Beschwer zumuthen, und es ist sogar weiter zuzugeben, dass auch die sorgfältigste Prüfung häufig ergebnisslos bleiben wird. Aber begründet diese Schwierigkeit als Rechtsfolge die Verpflichtung des Ausstellers? Schon früher habe ich darauf hingewiesen (Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 307), dass hier ein Fall der Interessenkollision vorliegt und dass in derartigen Konfliktsfällen nicht absolut hinsichtlich der Gefahrstragung — denn auf diese kommt es ja hinaus — die Anforderung der Verkehrssicherheit oder der gute Glaube den Ausschlag geben. Denn nicht nur, dass in solchem Falle der — wie zunächst für die Entscheidung der Prinzipienfrage vorauszusetzen ist — völlig schuldlose Aussteller weit mehr

benachtheiligt wird als der vorsichtige Erwerber, welcher meist an seinen Autor sich zu halten in der Lage ist, so verstände sich ja — obwohl Dernburg noch jetzt an der gegentheiligen Behauptung festhält — nach dem gleichen Prinzip von selbst, dass jeder Aussteller eines Scheines mit unerkennbar verfälschtem Inhalt dem redlichen Erwerber in Gemässheit des verfälschten Inhalts zu haften hätte; weiter, dass, wer bona fide und nach sorgfältiger Prüfung auf eine verfälschte Anweisung (Check, Tratte) gezahlt hat, gegen den Mandanten (Trassanten) in Gemässheit des verfälschten Scheines Revalirung beanspruchen dürfte, wohin ja das in der Zeitschr. für Handelsr. Bd. XXXII S. 200 ff. mitgetheilte, freilich reformirte Urtheil des Luzerner Bezirksgerichts augenscheinlich neigt. Ohnehin lässt sich Fälschung oder Verfälschung in der Regel durch Vorkehrungen leichter verhüten als Abhandenkommen wider Willen.

In dem Augenblick, da ich das Papier unterzeichne, unterstemple, wird es mir vom Räuber entrissen; durch einen Windstoss auf die Strasse getrieben; entsteht ein Brand, in Folge dessen das Papier mit anderen Gegenständen unter die Menge geräth; trifft mich ein Herzschlag und es nimmt irgend Jemand das Papier an sich — während ich dieses Papier überhaupt nur bedingungsweise, nur gegen Entgelt, nur an eine bestimmte Person begeben, bis zur Begebung im eisernen Geldschrank aufbewahren wollte u. s. f. In allen diesen Fällen haftet der Aussteller (dessen Nachlass, Konkursmasse u. s. f.) — ganz abgesehen von jedem Verschulden — aus dem Papier, weil bereits mit der vollendeten Ausstellung die Verpflichtung begründet sei.

Diese Verpflichtung gründet sich augenscheinlich nicht auf den Willen des Ausstellers, kann daher nicht, wie der Entwurf thut, unter der Rubrik von »einseitigen, nicht angenommenen Versprechen« untergebracht werden. Denn richtig ist nur, dass ein »Versprechen« nicht angenommen, unrichtig, dafs ein Versprechen ertheilt ist. Der Wille, zu versprechen, war einstweilen weder vorhanden, noch erklärt, der Wille des Ausstellers war der gerade entgegenstehende: er wollte nicht schon jetzt, sondern, wenn überhaupt, erst durch die Begebung verpflichtet werden. Darüber ist gar kein Zweifel möglich; nur die Willkür juristischer Phantasie

vermag hier einen Verpflichtungswillen zu fingiren. Diese Obligation gründet sich vielmehr ausschliesslich auf den Willen des Gesetzes, sie entsteht nicht voluntate, sondern lege.

Nun kann das Gesetz freilich Alles, der Gesetzgeber ist omnipotent: »the parliament (the king in parliament) can do everything but make a woman a man and a man a woman« (Delolme) — aber es bleibt doch zu prüfen, ob das Gesetz das Unvernünftige bestimmen soll.

Weiter: ist nach dem Willen des Gesetzes, mit der Ausstellung des Scheines die Verpflichtung begründet und sucht nunmehr nur noch der Schein, damit doch der Wille des Gesetzes durchgeführt werde, einen Träger, wird dieser Träger nach dem weiteren Willen des Gesetzes durch Delikt oder Zufall (Raub, Luftzug u. s. f.) bestimmt, so ist nicht abzusehen, weshalb das Gesetz eine durchaus natürliche, man darf sagen, nothwendige Konsequenz nicht zieht. So gut der Schein seinen unbestimmten Rechtsträger sucht und in dem Dieb, dem Räuber, in Jedem, der sich des Papiers bemächtigt, findet, muss ja auch der noch unbestimmte Träger das Papier, d. h. das laut Papier bereits für ihn bestehende Recht suchen können. Denn da im Uebrigen nach den Prinzipien unseres Rechtssystems Delikt oder Zufall nicht Gründe von Rechtserwerb sind, so verführe das Gesetz, welches für die Inhaberpapiere das Gegentheil festsetzt, völlig konsequent, wenn es Jedermann eine Popularklage auf Aushändigung des Papiers gegen den Aussteller gewährte. Diese Klage würde man actio ex creatione, oder, allenfalls nach bekanntem Muster: l. 19 D. ad exhib. (10,4), actio ad exhibendum nennen. Mindestens würde aber doch, sofern der juristische Verstand gegen solche Klage des quivis ex populo Bedenken trüge, bei dem alternativen Inhaberpapier (Herrn A oder [und] Inhaber, to Mr. Smith or [and] bearer), und dem Orderpapier (Herrn A oder dessen Order) schwerlich dem benannten Destinatär (Herrn A, Mr. Smith), kaum dessen erweislicher Order, diese Klage verweigert werden dürfen.

4.

Augenscheinlich indessen erachten die Verfasser des Entwurfs, ungeachtet der angeblich zwingenden Gründe der Ver-

kehrssicherheit, die von ihnen beliebte Regelung nicht unbedenklich. Sie schaffen daher ein Sicherheitsventil.

Nach § 685 Abs. 3 kann:

> »die Gültigkeit der Vollziehung durch einen auf der Urkunde anzubringenden Vermerk von der Beifügung eines bestimmten Zeichens oder Vermerks abhängig gemacht werden«,

und es sollen, nach § 701 Abs. 4, »über die Form der Vollziehung« der von einem Bundesstaate angestellten Schuldverschreibungen die Gesetze dieses Bundesstaats Bestimmungen treffen können. Soweit es sich nicht um Staatspapiere handelt, wird wohl konsequenter Weise den einzelnen Ausstellern (Privaten, Gesellschaften, Korporationen u. s. f.) freigestellt sein, die Form wirksamer Vollziehung festzustellen.

Der Sinn dieser merkwürdigen Vorschrift ergibt sich aus Bd. II S. 696 der Motive. Es wird hier unterschieden zwischen der »Herstellung der Effektenformulare«, welche übrigens bereits unterzeichnet (bezw. mit äquivalenten faksimilirten Unterschriften versehen) sind und der »Ausfertigung dieser Formulare«; erst »mit der Ausfertigung werde die Erklärung des Verpflichtungswillens vollständig«. »Zur Vermeidung der Gefahr, dass der Aussteller auf Grund eines nur erst hergestellten, noch nicht ausgefertigten Effektenformulars in Anspruch genommen werden könnte, ist hiernach die weitere Bestimmung nöthig, dass die Gültigkeit der Vollziehung durch einen auf der Urkunde anzubringenden Vermerk von der Beifügung eines bestimmten Zeichens oder Vermerks abhängig gemacht werden kann.«

Zunächst ist die Richtigkeit dieser subtilen Unterscheidung zwischen »Herstellung« und »Ausfertigung« zu beanstanden, und das für diese Unterscheidung citirte Urtheil des Reichsgerichts, Entsch. in Civilsachen XIV S. 96 ff., steht derselben nicht zur Seite. Die allerdings mitunter hergebrachte Kontrolzeichnung eines Dritten gehört so gut zur »Herstellung« wie zur »Ausfertigung«; wo diese Kontrolzeichnung üblich ist, wird vor der Beifügung des Kontrolzeichens bezw. der Kontrolunterschrift das Papier als noch unfertig betrachtet. Der unnatürliche Gedanke aber, dass durch dieses Kontrolzeichen (vielleicht eines Buchstabens) der »Verpflichtungswille erklärt werde«, so dass nunmehr eine fertige Obli-

gation im Rechtssinne vorliege, d. h. nicht eine fertige Urkunde, sondern eine durch ihre blosse Existenz den Aussteller verpflichtende Urkunde, liegt sicherlich den betreffenden Instituten (Staatsschuldenverwaltung, Aktienvereinen u. dgl.) völlig fern.

Vergegenwärtigt man sich weiter die praktische Tragweite dieses Satzes, welcher eine Verpflichtung aus dem Papier dann, aber nur dann nicht entstehen lässt, wenn man dem ausgestellten Papier seine »Unfertigkeit« ansehen kann, so darf man wohl sagen, solche mit dem betreffenden Unfertigkeitsvermerk versehene Papiere sind gewissermaassen im Voraus ausser Kurs gesetzt, ihre »Wiederinkurssetzung« erfolgt erst durch Beifügung des in dem Vermerk geordneten Kontrolzeichens u. dgl.

Nun wird es sich häufig ereignen, dass beide Vermerke, der suspendirende und der die Suspendirung beseitigende, sehr schwer wahrnehmbar sind; der eine wie der andere können gefälscht, von einem Unberechtigten aufgesetzt sein; es kann der erste Vermerk, welchem ein zweiter aufhebender nicht gefolgt ist, unerkennbar getilgt sein u. s. f. Es liegt so die höchste Gefahr vor, dass gerade durch diese Einschränkung ein für den redlichen Verkehr, welchem die übrigen exorbitanten Sätze des Entwurfs dienen sollen, unleidlicher Zustand geschaffen wird, noch unerträglicher als die gegenwärtige Verworrenheit hinsichtlich der Ausserkurssetzung und Wiederinkurssetzung. Unter dem bestehenden Recht, nach welchem auch die vollendete »Ausfertigung« für sich allein noch keine Verpflichtung begründet, ist die übliche Kontrolvorschrift durchaus zweckmässig — unter dem System des Entwurfs könnte sie, ja die blosse Thatsache, dass ein derartiger Rechtssatz besteht, zur Diskreditirung aller auf Inhaber gestellten Papiere führen.

III.

Liegt nun — um von allem Anderen zu schweigen — ein praktisches Bedürfniss vor, die Kreationstheorie legislativ zu sanktioniren? Sind bisher in der deutschen Praxis irgend welche Fälle an den Tag getreten, für welche vom Standpunkt einer anderen als der Kreationstheorie be-

rechtigten Interessen des redlichen Verkehrs der gebührende Schutz versagt hätte?! Ich finde in den Annalen unserer deutschen Gerichte keinen Fall, zu dessen sachgemässer Entscheidung es der Kreationstheorie bedurft hätte, und es ist schon wiederholt bemerkt, dass alle unzweifelhaft feststehenden und nothwendigen Rechtssätze auch ohne die Kreationstheorie zu gewinnen sind. Wie wünschenswerth es ferner ist, dass der Gesetzgeber sich der Rechtsprinzipien, auf welchen seine Festsetzungen beruhen, klar bewusst sei, so beruht der praktische Werth dieser Festsetzung doch lediglich darauf, dass sie den wirklichen Lebensbedürfnissen und dem Rechtsbewusstsein der Nation entspricht; die juristische Konstruktion mag das Gesetz der Theorie überlassen. Erst neuerdings durfte ich den Nachweis führen, wie gefährlich der Versuch ausfällt, aus juristischen Deduktionen heraus legislative Feststellungen zu treffen, die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit von legislativen Anordnungen danach bemessen zu wollen, ob dieselben der, häufig missverstandenen, Theorie entsprechen oder nicht entsprechen[1]. Sind die in den §§ 685, 686, 687 aufgestellten Rechtssätze nothwendig, d. h. zum Schutze des redlichen Verkehrs so unerlässlich, dass alle kollidirenden Interessen dahinter zurückstehen müssen, so mag der Gesetzgeber dieselben aufstellen, unbekümmert, ob dieselben sich aus irgend einer »Theorie«, »Konstruktion« u. dgl. herleiten lassen oder nicht. Wer — und das dürfte doch wohl die Mehrheit der deutschen Juristen sein — diese Nothwendigkeit leugnet, wird diese Sätze auch dann verwerfen müssen, wenn sie sich aus einem für richtig erachteten Prinzip herleiten liessen.

Die theoretische Erörterung über die Kreationstheorie dürfte wohl geschlossen sein. Wenigstens wüsste ich dem, was von mir und Anderen gesagt worden ist, nichts hinzuzufügen. Nur auf eine neuerdings gemachte Bemerkung meines Freundes Dernburg muss ich noch eingehen.

Dernburg behauptet jetzt (Preuss. Privatrecht, 4. [auch 5.] Aufl., II S. 28 Note 18), ich sei durch meine gegen ihn gerichteten Ausführungen in der Zeitschr. für Handelsr. Bd. XXVIII

---

[1] Meine Schrift: Die Haftpflicht der Genossen und das Umlageverfahren. 1888.

S. 110 ff. [oben S. 114 ff.] unbewusst und »wie sehr ich mich auch sträube« in die Gefolgschaft der Kreationstheorie eingetreten. Dernburg hat den spitzen Fall ausgesonnen, dass der erste Nehmer des Papiers erwerbsunfähig ist (ein Kind, ein Wahnsinniger) und demnächst das Papier in die Hand eines redlichen erwerbsfähigen Nehmers gelangt. Die Möglichkeit eines derartigen Sachverhalts ist ja zuzugeben, und es lässt sich auch die Ansicht vertreten, dass in diesem Falle der spätere redliche Nehmer das Eigenthum am Papier (H.G.B. Art. 307) und mit ihm das Forderungsrecht erwirbt, obwohl augenscheinlich ein praktisches Bedürfniss zu einer derartigen Annahme nicht vorliegt und die grossen Schwierigkeiten, welche beispielsweise durch den verwandten Fall der Zulassung von Putativtiteln (si a furioso, quem sanae mentis putem, emero u. dgl.) in der Ersitzungslehre entstanden sind und noch bestehen, zu gewichtigen Bedenken führen. Allein den behaupteten Satz zugegeben, so wird selbstverständlich die konstruktive Subsumtion eines so anomalen Falles unter die normalen Rechtsgrundsätze auf Schwierigkeiten stossen — sogar die klassischen römischen Juristen haben sich an viel einfacheren Problemen Jahrhunderte hindurch abgemüht.

Ich habe nun a. a. O. eine Konstruktion versucht, welche vielleicht ungelöste Bedenken lässt und mit einem zu komplizirten Apparat arbeitet. Aber auch dieser Konstruktion liegt doch das Prinzip zu Grunde, dass nur aus demjenigen Papier, welches der Aussteller mit dem Willen, sich einem successiven, noch unbestimmten Personenkreis zu verpflichten, aus der Hand gegeben hat, eine Obligirung des Ausstellers entstehen kann, wenn nicht gegen den ersten, weil erwerbsunfähigen, so doch gegen spätere, erwerbsfähige Nehmer. Wie diese Annahme nun, selbst wenn die konstruktive Begründung unrichtig wäre, auf die »Kreationstheorie« hinauskommen soll, d. h. auf die Verpflichtung des Ausstellers durch die blosse Niederschrift bezw. Unterschrift des ihm auch wider Willen entzogenen Papiers, bleibt mir unverständlich. Weiter aber lassen sich für diese Annahme auch sonstige Konstruktionsmöglichkeiten denken, welche sämmtlich zur »Kreationstheorie« in Widerspruch treten, insbesondere die von Sohm allgemein, später von Gierke und Pappenheim

(Zeitschr. für Handelsr. XVII S. 92 ff., XXIX S. 258, XXXIII S. 447 ff.) versuchte Begründung, dass die Weggabe des an einen unbestimmten Personenkreis gerichteten Papiers nur den ersten Akt des Vertrages, nämlich ein (hier skripturmässiges) Vertragsangebot (Offerte) darstellt, welches in der annehmenden erwerbsfähigen Person, und natürlich nur in dieser, zum Vertrage und damit zur Verpflichtung des Ausstellers führt. Kann der Aussteller das Papier, bevor es in die Hand einer solchen (redlichen erwerbsfähigen) Person gelangt, wieder an sich ziehen, so ist er niemals obligirt gewesen; sein skripturmässiges Vertragsangebot aber kann selbstverständlich ohne das Papier nicht widerrufen werden.

Dass diese sich durchaus in den Grenzen der Vertragstheorie haltende Konstruktion doch mindestens gleich acceptabel ist wie die Kreationstheorie, liegt auf der Hand, und es wäre erwünscht gewesen, dass Dernburg sich über dieselbe ausgesprochen hätte. —

Wenn der Urheber und bisher noch immer eifrigste und scharfsinnigste Verfechter der Kreationstheorie, Kuntze, dieselbe damit empfiehlt, dass sie die »einfachste, konsequenteste, einheitlichste, korrekteste, praktikabelste, vernünftigste und billigste sei«, welche nur von der »alten Schule«, die »vom Vertragstypus nicht loskommen kann«, verworfen werde (für den Wechsel in Endemann's Handbuch IV, 2 S. 74, 75, für das Inhaberpapier in seinem Gutachten für den XVI. deutschen Juristentag, Verhandlungen I S. 135 ff.) und hinzufügt: »Was will man mehr?«, so hat bereits Pappenheim (Zeitschr. für Handelsr. XXXII S. 336) zutreffend bemerkt: mehr will man gewiss nicht, man würde sich sogar mit viel weniger begnügen, und falls man sich gegen sie sträubt, muss das wohl darin seinen Grund haben, dass man eben den Nachweis jener Vorzüge nicht für erbracht hält. In der That würde z. B. mir genügen, wenn diese Theorie richtig wäre, d. h. falls aus ihr diejenigen Rechtssätze sich ergeben, welche bestehen, und nicht solche Rechtssätze sich ergeben, welche weder bestehen noch bestehen sollen.

Dass mittelst der Kreationstheorie sich gewisse schwierige Fragen des Rechts der Werthpapiere einfacher lösen lassen als mittelst der Vertragstheorie, ist ja selbstverständlich, und diese bestechende Einfachheit hat wohl vor Allem dem Kuntze'schen

Theorem jetzt sogar zur Anerkennung in dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs verholfen. Aber ich habe wiederholt bemerkt, dass die Einfachheit eines Prinzips so wenig für dessen Richtigkeit als für dessen Zweckmässigkeit entscheidet. Nichts wäre einfacher als die Feststellung, dass Jedermann denjenigen Schaden ersetzt, welchen er auch nur äusserlich verursacht hat; dass jeder Dieb gehängt wird; dass jede Handelsgesellschaft eine juristische Person sei; dass das Zinsmaass in keinem Falle fünf Procent übersteigen dürfe; dass unter befreiender höherer Gewalt ganz bestimmt und absolut bezeichnete Unfälle zu verstehen seien u. v. a. Aber solche »Einfachheit« ist nur allzuhäufig ein Kennzeichen des noch unentwickelten Rechts, während das hochentwickelte Recht der Gegenwart sich mit so dürftigen absoluten Rechtssätzen nicht begnügen kann. Die schwierigen Interessenkollisionen lassen sich nicht mit einer einfachen abstrakten Formel durchhauen.

Wirklichen Verkehrsbedürfnissen, welche etwa eine Haftung des Ausstellers auch des unbegebenen Papiers erfordern — ob solche unter Umständen vorliegen, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden — lässt sich durch Specialgesetze, durch Schadensersatzpflicht aus erweislicher Nachlässigkeit abhelfen, geeigneten Falles wird das Interesse an der Aufrechthaltung des eigenen Kredits die Schädigung redlicher Nehmer verhüten.

Weiter zu gehen, muss entschieden widerrathen werden. Keinesfalls dürfte die entsprechende Regelung isolirt für die Inhaberpapiere erfolgen; es bedürfte der genauen Untersuchung, wie weit entsprechende Rechtssätze auch für die Orderpapiere, vielleicht für gewisse Rektapapiere statthaft erscheinen. Den inneren Zusammenhang des Rechts der »Werthpapiere« ignorirt der Entwurf vollständig. Man wird sich entschliessen müssen, entweder das Recht der Inhaberpapiere aus dem bürgerlichen Gesetzbuch zu entfernen und gemeinschaftlich mit den Orderpapieren u. dgl. dem zu revidirenden Handelsgesetzbuch zuzuweisen oder doch mit der Neu-Redaktion des Handelsgesetzbuchs gemeinschaftlich zu berathen, will man zu harmonirenden Rechtssätzen gelangen. Es wäre geradezu unerträglich, falls für den Wechsel ein anderes Grundprinzip aufgestellt würde als

für das Inhaberpapier. Bereits in dem von mir redigirten Berichte der Vorkommission (Zeitschr. f. Handelsr. XX S. 140) heisst es: »Das Recht der Inhaberpapiere ist im Zusammenhange des bürgerlichen Gesetzbuchs festzustellen, vorbehaltlich der etwaigen späteren Zuweisung an das Handelsgesetzbuch« und ist damit, wie auch sonst am Schlusse des Berichts (eod. S. 149), die Nothwendigkeit, zwischen dem Handelsgesetzbuch und dem bürgerlichen Gesetzbuch Uebereinstimmung herzustellen, entschieden betont worden. —

6.

INHABER-, ORDER-
UND
EXECUTORISCHE URKUNDEN
IM
KLASSISCHEN ALTERTHUM.

(1889.)

INHALT.

Inhaber- und Order-Papiere sowie executorische Urkunden gelten als dem klassischen Alterthum unbekannt, hinsichtlich der Wechsel nimmt dies mindestens die herrschende Meinung ein.

Lässt sich nun, wie mir scheint, der sichere Nachweis erbringen, dass diese Annahme in allen Theilen ungegründet ist, so bedarf es doch zuvor einer Verständigung über den Umfang des für die entgegenstehende Behauptung zu erbringenden Beweises.

So ist z. B. der heutige Wechselbrief wirthschaftlich wie rechtlich ein von dem mittelalterlichen Wechselbrief sehr verschiedenes Institut. Der letztere, und zwar gleichmässig in den beiden Grundformen des (domicilirten) Eigenwechsels wie der Tratte, ist lediglich urkundliche, wenngleich durch strenges Urkundenrecht gesicherte Zuweisung einer (empfangenen oder allenfalls als empfangen fingirten) Geldsumme nach auswärts; er ist dagegen weder Urkunde über eine abstrakte Geldforderung, noch ist er im Sinne des heutigen Rechts indossabel.

Hat aus dem heutigen vollkommenen Inhaberpapier der Berechtigte ein durchaus selbstständiges, durch Einreden aus der Person des ersten Nehmers wie sonstiger Vormänner an sich nicht zerstörbares Recht, so hat es doch viele Jahrhunderte gewährt, ehe diese Selbstständigkeit des »Inhaberrechts«, mag sie auch vielleicht schon ursprünglich im Keime vorhanden gewesen sein, zur vollen rechtlichen Anerkennung gelangt ist.

Die Vollentwicklung der »Scripturrechtspapiere« (nach Brunners Bezeichnung »Papiere öffentlichen Glaubens«) vollzieht sich so in sehr langen Zeiträumen. Die Geschichte dieser Entwicklung ist noch zu schreiben und erfordert genaue

Kenntniss des sich allmälig entfaltenden Gewohnheitsrechts wie des theils hemmenden, theils fördernden römisch-kanonischen Privat- und Prozess-Rechts in seiner mittelalterlichen Ausbildung, nicht minder aber des germanischen Urkunden-, Forderungs- und Prozess-Rechts. Jeder Sachkundige weiss, dass in allen diesen Richtungen noch sehr viel zu thun ist.

Dagegen wird für die Frage, ob bereits das Alterthum die vorhin genannten Institute gekannt hat, der Nachweis genügen, dass vor der germanischen Epoche gleiche Rechtserscheinungen vorhanden sind, wie sie die primitiven Gestaltungen des mittelalterlichen Rechts enthalten. Ja man darf glauben, schon damit die geschichtliche Forschung zu fördern, wenn man nur im klassischen Alterthum gleiche Thatbestände von unzweifelhaftem Rechtsgehalt aufweist, sollte es, einstweilen mindestens, noch nicht gelingen, die einzelnen Rechtssätze mit Sicherheit festzustellen, welche sich an diese Thatbestände geknüpft haben. Die hier allein zum Ziele führende streng induktive Methode kann nicht vorsichtig genug gehandhabt werden.

Von den Wechseln, welche eine besondere Untersuchung erfordern, soll an dieser Stelle abgesehen werden.

Auszuscheiden ist ferner das vielbehandelte Feld der tesserae (Marken) der klassischen Zeit. Denn wie unzweifelhaft auch der blosse Inhaber (Vorzeiger) der Marken zur Entgegennahme der durch dieselben bezeichneten Leistung legitimirt war[1], so gehören doch alle einschlägigen Einrichtungen dem Gebiet nicht des Privatrechts, sondern des Verwaltungsrechts an[2]. Es ist weder ersichtlich, dass — mindestens nach römischem Recht — dem Inhaber solcher Marken eine actio zustand, noch umgekehrt, dass die an den blossen, vielleicht unberechtigten Vorzeiger erfolgte Leistung mit einem Privatrechtsmittel hätte angefochten werden können.

---

[1] Die neuesten Untersuchungen über die attischen σύμβολα für Theoriken, Ekklesiasten- und Heliasten-Sold (Benndorf u. a.) s. bei Fränkel zu Boeckh, Die Staatshaushaltung der Athener, 3. Ausg. II Note 411, 430, 431, 439 (S. 64* ff.); über römische tesserae (σύμβολα) frumentariae etc.: Marquardt, Römische Staatsverwaltung II S. 122 Note 3, S. 124 Note 8, S. 125 Note 5, S. 126; III S. 476 Note 2, 3, S. 515 (538?).

[2] Pernice in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. N. F. V S. 99 f., 103 ff., 110.

1.

Aus dem Recht der orientalischen Völker ist gar nichts hinsichtlich der Phönicier und Karthager bekannt. Denn das vielbesprochene karthagische »Ledergeld« (»etwas« in ein Stück Leder von der Grösse eines Stater eingewickeltes)[1] war nur Münzzeichen, es lief als Geld an Stelle des Metallgeldes um — dass sich an dessen Innehabung irgend welche Privatrechtsansprüche knüpften, ist unglaublich, nicht einmal ein Einlösungsrecht irgend welcher Art ist bezeugt.

Neuerdings ist behauptet worden, das unzweifelhaft grosse Handelsvolk der Babylonier habe, sicher im 7. oder doch 6. Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung, die Orderurkunde gekannt, aber ich vermisse für diese Annahme jeden Nachweis. Denn wenn Revillout, les obligations en droit Egyptien, appendice: sur le droit de la Chaldée (1886) p. 467 behauptet, der »hudu« (?) des Bankiers sei eine Art auf Sicht lautendes »billet à ordre«, so erhellt dies mindestens nicht aus den beigebrachten Urkunden. Ebensowenig ist ersichtlich, mit welchem Grunde die zum Theil unleserlichen Urkunden aus den Jahren 536 und 524, auch wenn sie richtig gelesen und übersetzt sind, von Oppert et Ménant, documents juridiques de l'Assyrie et de la Chaldée (1877) p. 266, 268 als »billets à ordre« bezeichnet werden — oder soll, wie das bei französischen Juristen mitunter begegnet, dieser Ausdruck nicht technisch, sondern für ein freibegebbares Papier überhaupt verstanden sein? Wenn endlich Lenormant, histoire ancienne de l'Orient 9. ed. (1887) V. p. 117 in dem komplicirten Kreditgeschäft vom Jahre 553, welches vielleicht einen Wechsel (sipartu (?) = Sendebrief) enthält, daraus, dass neben dem benannten Gläubiger ein Präsentant nicht benannt ist, folgert, dass jeder Inhaber des Thontäfelchens legitimirt sein solle, so ist dieser Schluss augenscheinlich ungerechtfertigt. Immerhin erscheint ja die Möglichkeit eines derartigen Sachverhalts und der durch das so umfangreiche, noch unedirte Urkundenmaterial zu erbringende Nachweis wirklicher Order- und Inhaber-Urkunden in babylonischer Zeit keineswegs ausgeschlossen[2].

---

[1] Aechines Eryxias 17 p. 399 E bis 400 A (Steph.) Aristid. πρὸς Πλάτωνα ὑπὲρ τεττάρων XLVI (II p. 195 Dind.).

[2] Die von Volz gegen Hypothesen Rawlinsons aufgestellten all-

Wenn ferner Kuntze, Inhaberpapiere S. 47 ff. die Vermuthung aufstellt, es könnten die hellenischen syngraphae unter dem Einfluss des späteren (im babylonischen Talmud 4. Jahrh. n. Chr. fixirten) jüdischen Rechts allmälig den Charakter (moderner) Scripturobligationen angenommen haben, so wird nunmehr, wenn sich die »Scripturobligation« schon im vortalmudischen Recht der Hellenen erweisen lässt, wohl die umgekehrte Annahme gerechtfertigt erscheinen. Die einzige Erwähnung nämlich von Urkunden, welche rechtlich als Inhaberpapiere behandelt wurden (Tractat baba batra 172 a. b), knüpft an die Namen zweier erst im 3. und 4. Jahrhundert n. Chr. lebenden Rechtslehrer (R. Hana und Rabbah) an[1]. Uebrigens enthält der Talmud (Tractat Gittin 13[b]) sicher auch die Orderklausel[2]: »Ich verpflichte mich Dir und jedem, der durch Dich fordert.« Die Weiterentwicklung des talmudischen Rechts interessirt hier nicht.

2.

Behufs Gewinnung eines sicheren Vergleichspunktes soll paradigmatisch von den ältesten bisher bekannten Order- und Inhaber- sowie Executiv-Urkunden bezw. Formeln ausgegangen werden.

1. Orderklausel.

— Quod si non fecero — pro duplum — me aut heredis meos aut heredes vestri »aut cui hanc cautionem dederitis exigendam« teneatis obnoxium (Marculfi form. II [Zeumer p. 92]).

— rem vestra redere debiam et caucionem meam recipere facias aut tibi »aut cui caucione ista dederis ad exagendum« (Form. Andecav. 22 [Zeumer p. 11]).

— aut vobis »aut cui caucione ista dederis ad exagenda« (eod. 38 [Zeumer p. 17]).

— aut vobis »aut cui caucionem istas dederis ad exagenda« (eod. 60 [Zeumer p. 25]).

---

gemeinen Bedenken — s. Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren S. 36 — sind keineswegs überzeugend.

[1] S. die Stelle ausführlich bei L. Auerbach, Das jüdische Obligationenrecht Bd. I (1870) S. 246 ff., 270 ff.

[2] Von Auerbach S. 282 ff. nicht verstanden.

Zugleich mit Executivklausel:

— Qui (l. Quod) si minime fecero et diem huius meae caucionis excessero, iuratus dico per hoc et illud, quia »liceat tibi cautionem meam cui tu ipse volueris tradere et adibito (adhibito? a debito? ad libito?) mihi excutere (executare?) supradicta pecunia una cum beneficio suo dupplicata cogar exolvere« (Form. Visigoth. 38 [Zeumer p. 591]).

Urkunden:

760. — si quis de heredibus vel consortes meos contra suprascripta Sindruda vel contra illo homine »cui ipsa hanc pagina ad exigendo dederet« — causare — presupserit — (Memorie di Lucca V 2 Nr. 65).

882. — ubi ego bel meos heredes bobis »bel cui tu isto cautu in manum emiseritis« reddederimus sol. 4 — (Cod. Cav. I Nr. 91) u. v. a.

In der später üblichen Orderform:

Bedingter Eigenwechsel:

1160. — Nos bonus iohannes tinea et adalasia jugales accepimus a te wilielmo burone libras 10 den. ianuens., quas »tibi vel tuo misso« per nos vel nostrum missum dabimus per totam istam estatem. si non, in scicilia dabimus »nuncio tuo ionathe cerriolo aut ei quem mihi ordinaveris« uncias auri 6 (Monum. hist. patr. Chart. II Nr. 882 col. 650).

Die üblichen Klauseln fasst präzise zusammen z. B. die Urkunde vom 16. August 1156 (eod. Nr. 335 col. 343): — de quibus promitto reddere tibi »vel tuo certo misso« — libr. 40 usque proximas kalendas augusti. quod si non fecero, penam dupli tibi stipulanti promitto. pro sorte et pena bona pignori tibi subiicio. »intres et extimare facias tua auctoritate et sine consulum iussu et facias quicquid volueris« [1].

---

[1] Noch ausführlicher lautet die Executivklausel, in der auch die Klausel »tibi vel tuo certo misso« enthaltenden Urkunde vom 8. Juni 1156 (eod. Nr. 316 col. 332): unde pro sorte et pena bona quae habemus et habituri sumus tibi pignori subjicimus tali pacto, quod si ut superius continetur, non observaverimus, exinde liceat tibi intrare in bonis nostris que volueris in solutum pro sorte et pena tua auctoritate et sine consulum iussu et facias inde quicquid volueris sine omni nostra nostrorumque heredum contradictione et omnium personarum pro nobis.

2. Inhaberklausel.

a) alternative bezw. konjunktive:

Mit Stellvertretungsvermerk (wohl richtiger als Orderklausel zu bezeichnen):

z. B. Urkunde 821 — obligavit se nobis »vel cui istum brebe in manu paruerit in vice nostra« — (Cod. Cav. I Nr. 11).

964 — componere obligabimus — tibi nominati Iohanni »vel cui anc cartulam vice vestra in manu paruerit« — (Cod. Cav. II Nr. 225).

Ohne Stellvertretungsvermerk:

850 — in tua qui supra Periteo presb. »vel de illum homine, qui hunc meum iudicatum pre manibus abuerit ad exi[ge]ndum et dispensandum« — (Memorie di Lucca IV. 2. App. Nr. 46).

928. — componere ipsorum Grimperti et Ioccardi et ad eorum eredes »seu cui hunc scriptum in manum paruerit« 50 aureos sol. (Cod. Cav. I Nr. 148).

974. — componere obligaverunt se suisque heredibus, mihi »vel cui hunc brebem in manu paruerit« 30 auri sol. In der gleichen Urkunde findet sich alternative Kombination der Orderklausel und der Inhaberklausel: ille homo »cui per me dispositum fuerit vel cui hunc brebem im manu paruerit« — (Cod. Cav. II Nr. 276). Desgleichen:

993. — obligaberunt se et suis eredibus mihi »et cui vel ubi per me dati paruerit« et ad nostris eredibus »et cui carta ipsa in manum paruerit« 100 auri sol. (Cod. Cav. III Nr. 463).

Hier mag noch der merkwürdige genuesische Eigenwechsel mit Kursberechnung vom 18. September 1162 (Chart. II Nr. 1183 col. 809) genannt werden, wo es heisst:

solvemus infra mensem postquam sciciliam pervenerimus, uncias auri 31 1/3 »nuncio tuo vel nomine mathei vel manfredi de portinco vel tuo certo nuncio, ei scilicet quod cartulam sarracenicam quam tibi relinquimus, nobis aut uni nostrum exhibuerit«.

b) Reine Inhaberklausel.

Urk. 968. — siant obligatos — componere homini illi »cui scriptum in manu paruerit« 50 sol. — (Cod. Cav. II Nr. 257).

997. Verbindung der Order- und Inhaberklausel: — obligaverad se et suis heredibus ut — darent ipsi filii mei »ad ille omo cui per me dispositum fuerit — 9 auri tari —; et si ipsi filii mei — taliter »ad ille omo cui per me dispositum fuerit et cui scriptum iste in manum paruerit« pro mea parte non adimpleveri[n]t, componere obligaverunt se et suis eredibus »ad ille omo cui scriptum iste in manum paruerit« 10 auri sol. (Cod. Cav. III Nr. 514).

Hinsichtlich der Executivklausel mag noch, statt aller, auf das Formular bei Rolandinus, aurora[1] gewiesen werden: — possint ex pacto ipsos debitores et quemlibet eorum in solidum ad solutionem dicti debiti faciendam in dicto termino et ad omnia et singula in hoc contractu contenta efficaciter observanda realiter et personaliter convenire. Ferner: ita, quod a termino in antea, si tunc solutio facta non fuerit, liceat ex pacto ipsis creditoribus et cuicunque ipsorum propria auctoritate sine curiae proclamatione aut aliqua denunciatione vel aliquo praeiudicio dictorum bonorum — ingredi possessionem etc. Desgleichen Durantis, speculum[2]. — —

An diese primitiven Formeln soll gehalten werden, was aus dem klassischen Alterthum auf uns gelangt ist. Jedoch bedarf es noch einer ergänzenden Vorbemerkung.

Neben den vollkommenen Inhaberpapieren des heutigen Rechts giebt es unvollkommene, nämlich solche, welche zum Empfange der Leistung nicht in dem Sinne legitimiren, dass der Rechtsausweis (die Legitimation) gegenüber dem Aussteller (Schuldner) erübrigt, sondern nur in dem Sinne, dass der Aussteller (Schuldner) sich durch Zahlung an den Inhaber befreit; sie sind an den Inhaber gültig zahlbar, aber nicht von dem Inhaber als solchem exigibel, sofern der Aussteller (weiteren) Rechtsausweis verlangt. Sie kommen vor als Papiere mit der reinen oder mit der alternativen Inhaberklausel (von Brunner genannt »hinkende Inhaberpapiere«) und als schlichte Namenpapiere, welche gleichwohl an den

[1] Briegleb, Ueber executorische Urkunden II S. 61 ff.

[2] Briegleb, eod. II S. 77 ff. Der Zusammenhang der Executivklausel mit dem langobardischen Volksrecht — s. Wach, Der italienische Arrestprozess I S. 16 ff., 54 ff. und dort auch die Urkunden von 796, 819, vergl. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 366 [3. Aufl. S. 366, 367] — ist hier nicht zu verfolgen.

blossen Inhaber gezahlt werden dürfen (von Brunner »hinkende Namenpapiere« genannt). Beide Klassen der unvollkommenen Inhaberpapiere sind artenreicher, als angenommen zu werden pflegt. — Der gleiche Gegensatz begegnet bei den Orderpapieren.

Finden sich nun im klassischen Alterthum Urkunden, welche nach ihrer Form als Inhaber- oder als Order-Papiere erscheinen, so ist damit allein noch nicht entschieden, ob sie der Klasse der vollkommenen oder der unvollkommenen (»hinkenden«) angehören, und es wird häufig, in Ermangelung anderweitigen Anhalts, sich diese wichtige Frage gar nicht oder nur mit annähernder Gewissheit entscheiden lassen. Für den hellenistischen Quellenkreis scheint mir das vollkommene Order- und Inhaber-Papier sicher zu sein; für den römischen wird sich zwar das vollkommene Orderpapier, wenn auch nur in Gestalt der Orderanweisung, nicht bezweifeln lassen, dagegen begegnet von den Inhaberpapieren, soviel ich sehe, nur das unvollkommene, und auch dessen römische Herkunft bezw. Verwendung ist keineswegs sicher.

3.

Die vielbesprochene Seedarlehensurkunde (*συγγραφή*) in der etwa 341 verfassten angeblich Demosthenischen Rede c. Lacritum (XXXV) 10—13 von zweifelhafter Echtheit[1] enthält die Hypothecirung der zu ladenden 3000 Amphoren Wein mit der Klausel, dass diese Ladung von jeder anderen Schuld frei sei und nicht für ein anderes Darlehen verpfändet werden dürfe. Demnächst heisst es: Nach glücklicher Rückkehr (in den Piraeus) soll das Pfand unberührt zur Verfügung der Gläubiger bis zu deren voller Befriedigung bleiben. Weiter: *ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσιν ἐν τῷ συγκειμένῳ χρόνῳ, τὰ ὑποκείμενα τοῖς δανείσασιν ἐξέστω ὑποθεῖναι καὶ ἀπο-*

[1] S. über die alte Streitfrage jetzt einerseits C. Wachsmuth, Rhein. Museum f. Philol. N. F. 40 S. 301 ff., andererseits Christ, Abh. der Bayr. Akad. Phil. Kl. XVI Abth. III (1882) S. 261 ff. und Thalheim, Hermes XXIII S. 333 ff. und Lipsius zu Meier und Schömann, Der attische Prozess S. 679 Note 542. Ueber die kritischen und sprachlichen Gründe gegen die Echtheit erlaube ich mir kein Urtheil (ist das Fehlen der Urkunden in der Attikusausgabe ein sicherer Beweis späterer Erdichtung?), sachliche Bedenken bestehen m. E. gegen die Echtheit nicht.

δόσθαι τῆς ὑπαρχούσης τιμῆς. καὶ ἐάν τι ἐλλείπῃ τοῦ ἀργυρίου ὃ δεῖ γενέσθαι τοῖς δανείσασι κατὰ τὴν συγγραφήν, κατὰ Ἀρτέμωνος καὶ Ἀπολλοδώρου ἔστω ἡ πρᾶξις τοῖς δανείσασι καὶ ἐκ τῶν τούτων ἁπάντων, καὶ ἐγγύων καὶ ναυτικῶν, πανταχοῦ ὅπου ἂν ὦσι, καθάπερ δίκην ὠφληκότων καὶ ὑπερημέρων ὄντων, καὶ ἑνὶ ἑκατέρῳ τῶν δανεισάντων καὶ ἀμφοτέροις.

Wenn nach Verfall der Seedarlehensschuld, d. h. innerhalb 20 Tagen nach der Rückkehr, die Schuldner nicht zahlen, so dürfen die Gläubiger sich in den Besitz der Pfandobjekte setzen und dieselben zum Preise, welchen sie erzielen, verkaufen. Bleibt danach noch ein Schuldrest, so dürfen die Darlehensgläubiger gegen die Schuldner (Artemon und Appollodor) Execution vollstrecken auf all deren Gut, Landgut und Seegut, aller Orten, wo sich solches befindet, gleich als wäre gegen sie ein verurtheilendes Erkenntniss ergangen und sie befänden sich in Zahlungsverzug, und es soll dieses Recht sowohl jedem einzelnen der Gläubiger wie beiden zustehen (aktive Solidarität). Den Schluss bildet die Klausel:

κυριώτερον δὲ περὶ τούτων ἄλλων μηδὲν εἶναι τῆς συγγραφῆς —

was § 39 noch ausführlicher dahin wiedergegeben wird:

ἡ μὲν γὰρ συγγραφὴ οὐδὲν κυριώτερον ἐᾷ εἶναι τῶν ἐγγεγραμμένων, οὐδὲ προσφέρειν οὔτε νόμον οὔτε ψήφισμα οὔτ' ἀλλ' οὐδ' ὁτιοῦν πρὸς τὴν συγγραφήν.

Mag nun auch die vorliegende Urkunde von den späteren Grammatikern nach anderen Mustern fabrizirt sein, so unterliegt es doch, nach dem sonstigen Inhalt der Rede, keinem Zweifel, dass die in der Urkunde erwähnten Vereinbarungen wirklich getroffen worden sind; s. z. B. 21, 24, 37, 38, 39. Nicht erwähnt wird in der Rede freilich die ausbedungene „*πρᾶξις*“, aber zu dieser ist es im konkreten Falle, da die Schuldner theils die zugesagten Pfandobjekte gar nicht geladen, theils den Gläubigern zu entziehen verstanden hatten, gar nicht gekommen.

Dass in Demosthenischer Zeit im Seedarlehensgeschäft, dem wichtigsten Spekulationsgeschäft des Alterthums, die betreffenden Vereinbarungen und Vertragsklauseln üblich waren, erweisen:

Demosthenes c. Apaturios (XXXIII) 6:

οἱ χρῆσται κατήπειγον αὐτὸν ἀπαιτοῦντες καὶ ἐνεβάτευον εἰς τὴν ναῦν, εἰληφότες τῇ ὑπερημερίᾳ,

insbesondere aber Demosth. in Dionysodor. (LVI):

38: *ἐὰν δὲ μὴ παράσχωσι τὰ ὑποκείμενα ἐμφανῆ καὶ ἀνέπαφα, ἢ ποιήσωσί τι παρὰ τὴν συγγραφήν, ἀποδιδότωσαν διπλάσια τὰ χρήματα* (poena dupli),

vgl. 39 ff.:

45: *ἡ δὲ συγγραφὴ κελεύει, ἐὰν μὴ παρέχωσιν ἐμφανῆ τὴν ναῦν, ἀποτίνειν αὐτοὺς διπλάσια τὰ χρήματα, τὴν δε πρᾶξιν εἶναι καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ ἀμφοῖν* (passive Solidarität).

Allerdings dafür findet sich m. W. aus älterer Zeit kein Beleg, dass die *πρᾶξις*, wie laut *συγγραφή* der Rede in Lacritum, nach ausdrücklicher Vereinbarung über das Pfand hinaus auf alle Güter des Schuldners erstreckt wird; immerhin sind derartige, wenn auch sehr beschwerende Vereinbarungen für spätere Zeit unzweifelhaft bezeugt, und können auch in Demosthenischer Zeit vorgekommen sein.

Zur Erläuterung der bisher anscheinend nirgends eingehend erörterten Lehre von der *πρᾶξις*[1] mag bemerkt werden:

Bekanntlich steht nach attischem Recht aus verurtheilenden Erkenntnissen die Execution dem obsiegenden Kläger selbst, ohne staatliche Intervention zu, sofern nicht öffentliche

[1] Es ist bezeichnend, dafs sogar das technische Wort in den Sachregistern von Hermann, Thalheim, Meier und Schömann (Lipsius) gar nicht erwähnt wird [vgl. jetzt aber Thalheim, 4. Aufl., 1895, S. 103 und 181]. Boeckh, Staatshaushalt, hat *πράττειν*, *εἰσπράττειν* nur in der allgemeinen Bedeutung von einziehen, einkassiren (II³ S. 70, 73). Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts, erwähnt die Klausel in seiner ausführlichen Beschreibung der griechischen Urkunden nicht und lässt sie sogar bei wörtlicher Wiedergabe einzelner Urkunden, in welchen sie steht (S. 477, 460), weg. Büchsenschütz, Besitz und Erwerb im griechischen Alterthum spricht S. 489 nur ganz allgemein von »in Anspruch nehmen«. Zuerst hat wohl Perrot, 1874, nach dem Citat bei Dareste, auf die technische Bedeutung von *πρᾶξις* hingewiesen, demnächst Dareste, les plaidoyers civils de Demosthène, Paris 1875, I p. 333 Note 13 (»exécution parée, que nous trouvons en droit romain sous la forme de la manus injectio«?), vgl. Dareste, bulletin de corr. hellen. VIII (1884) p. 362 ff. und Revillout, les obligations en droit Egyptien (1886) p. 73, 204, 222 — sämmtlich ohne nähere Ausführung.

Interessen betheiligt sind. Sie vollzieht sich durch Pfändung des ὑπερήμερος (der »Uebertägige«), soweit nicht ein Anderes unter den Parteien vereinbart wurde. Widersetzte sich der Verurtheilte der Execution, so riskirte er die δίκη ἐξούλης (Besitzstörungsklage), welche im Falle der Verurtheilung ausser Judikatssumme und Schadensersatz eine der Judikatssumme gleichkommende Busse an den Staat nach sich zog [1].

Diese Privatexecution, ein selbstthätiges Einziehen [2], wird bereits von Demosthenes als εἰσπράττειν, εἴσπραξις u. dergl. bezeichnet [3].

An die Hypothekbestellung knüpfte nun das Gesetz die Befugniss des Gläubigers, sich im Verzugsfalle in gleicher Weise in den Besitz des Pfandobjekts zu setzen, als ob gegen den Verpfänder ein verurtheilendes Erkenntniss ergangen wäre [4].

Selbstverständlich konnte, was das Gesetz (vielleicht in Folge üblicher Vereinbarung) festsetzte, auch durch Vereinbarung für den Fall der Hypothekenbestellung bestimmt werden, und es wäre nur ein weiterer Schritt gewesen, dass solche Vereinbarung auch über den Fall der Hypothecirung hinaus für wirksam erachtet wurde. Diese Vereinbarung scheint nun in späterer Zeit sehr allgemein gewesen zu sein; die Executivklausel begegnet so häufig, dass der Anschein entsteht, sie habe die Regel des hellenistischen Schuldrechts gebildet.

---

[1] Meier und Schömann, Der attische Prozess. Neu bearbeitet von Lipsius S. 962 ff., 665 ff.; Thalheim, Griech. Rechtsalterthümer S. 114 ff. [4. Aufl. S. 130].

[2] S. z. B. Demosthenes pro Phormione (XXXVI) 6.

[3] S. z. B. Demosth. contra Euergos und Mnesibulos (XLVII) 19, 21, 25, 30, 33, 40, 41 und öfters. Lex Seg. 311: εἰσπράττειν ὑπερημέρους.

[4] Demosth. c. Apaturios (XXXIII) 6: οἱ χρῆσται κατήπειγον αὐτὸν ἀπαιτοῦντες καὶ ἐνεβάτευον εἰς τὴν ναῦν εἰληφότες τῇ ὑπερημερίᾳ. Demosth. c. Spoudias (XLI) 7: τὸν νόμον, ὃς οὐκ ἐᾷ διαῤῥήδην, ὅσα τις ἀπετίμησεν εἶναι δίκας, οὔτ' αὐτοῖς οὔτε τοῖς κληρονόμοις, vgl. 10; Bekker, Anekdot. 249, 18: ἐμβατεία τὸ τὸν δανειστὴν ἐμβατεῦσαι καὶ εἰσελθεῖν εἰς τὰ κτήματα τοῦ ὑποχρέου. Ueber die δίκη ἐξούλης in diesem Falle s. Meier und Schömann (Lipsius) S. 667, Thalheim S. 90 Note 1 [4. Aufl. S. 103 Note 3]. Das ephesische Gesetz (etwa 83 v. Chr.) bei Dittenberger, syll. inscr. Graec. 344, auch Thalheim a. a. O. S. 134 ff. [4. Aufl. S. 152], Ziff. 7 ff. hat: ἐμβάντες εἰς κτήματα κατὰ πράξεις ἔχουσιν τὰ κτήματα καὶ νέμονται, εἶναι [αὐτοῖ]ς κυρίας τὰς ἐμβάσεις, εἰ μή τι ἄλλο ἔχοντες πρὸς αὐτοὺς ὡμολογήκασιν. Thalheim S. 147 [4. Aufl. S. 165] übersetzt das κατὰ πράξεις mit »auf Grund von Verträgen« — sollten nicht die Executivakte darunter verstanden sein?

Auf dieses hat insbesondere eine erst in neuester Zeit aufgefundene Doppelreihe von Urkunden ein ungeahntes Licht geworfen.

4.

Eine wahrscheinlich aus der Zeit zwischen 223—192 v. Chr. stammende, 1879 in Orchomenos gefundene, 7 zusammengehörige Urkunden enthaltende Inschrift[1] stellt die sehr merkwürdigen Schuldverhältnisse zwischen der Stadt Orchomenos in Böotien und der Gläubigerin Nikareta aus Thespiae dar.

Nikareta hatte auf die jener Zeit stark verschuldete Stadt Orchomenos 4 (oder 5) durch Schuldverschreibungen — im böotischen Dialekt *σούγγραφον* genannt — verbriefte Forderungen, deren Gesammtbetrag, anscheinend mit inzwischen verfallenen Zinsen, sich auf 18,883 Drachmen belief. Diese fälligen Forderungen, über welche Verzugsurkunden (*ὑπερα[η]μερίαι*) behufs Liquidstellung und Exequirbarkeit aufgenommen waren, liess Nikareta vor den Thetmophylakes[2] von Thespiae registriren, einigte sich aber mit der Stadt Orchomenos dahin, dass der Schuldbetrag ohne weitere Zinsen, innerhalb etwa 4 Monaten, und zwar 3 Tage vor dem Feste der Pamboiotia, zurückgezahlt werden solle, bei Vermeidung der üblichen Konventionalstrafe des duplum, wogegen andererseits auf Annahmeverzug der Nikareta sehr schwere Nachtheile gesetzt wurden. Das Original dieses vor 7 Zeugen aufgenommenen, in die Form eines Darlehensschuldscheins eingekleideten novirenden Vertrags

[1] Zuerst veröffentlicht, übersetzt und erläutert von Foucart, bulletin de correspondance hellénique III (1879) p. 459 ff., IV (1880) p. 1 ff., 535 ff. Vgl. dazu insbes. Latischew, Mittheilungen des deutschen archäologischen Instituts in Athen Bd. VII (1882) S. 30 ff.; weitere Litteratur und berichtigten Text bei Cauer, delectus inscriptionum Nr. 295. Aus den Erörterungen dazu sind zu nennen: Dareste, bulletin de corr. hell. VIII (1884) p. 371 ff.; Szanto, Wiener Studien (Zeitschr. f. klass. Philol.) Bd. VII (1885) S. 232 ff., VIII (1886) S. 1 ff.; C. Wachsmuth, Rhein. Mus. f. Phil. N. F. Bd. 40 (1887) S. 283 ff.

[2] Beamte, welche ein Verzeichniss der nicht bezahlten fälligen Schulden hielten. Sie kommen anscheinend nur in Böotien vor: Gilbert, Handb. der griech. Staatsalterthümer II S. 52 ff., sind aber augenscheinlich verwandt dem ägyptischen *συγγραφοφύλαξ* bezw. *συνθηκοφύλαξ* der Ptolemäerzeit: Gneist, Die formellen Verträge S. 454 ff. Lumbroso, économie politique de l'Égypte p. 263. Ueber *χρεωφυλάκιον* s. Boeckh, Staatshaushalt I³ S. 596 und Hermann-Blümner, Gr. Privatalterthümer S. 461 Note 1 a. E.

(*σούγγραφον*), in welchem als Schuldner eine Anzahl hervorragender (Polemarchen u. s. f.) Orchomenier, als Bürgen 10 angesehene Männer der gleichen Stadt erscheinen, wird bei einem der Zeugen deponirt.

Die Rückzahlung wird, anscheinend auf Andrängen der Nikareta, schon vor der Verfallzeit kraft Beschlusses der Stadt Orchomenos bewerkstelligt und zwar in Thespiae durch eine Bankoperation, indem der Kämmerer (*ταμίας*) von Orchomenos, Namens Polioukritos, mit einem der drei Polemarchen (obersten Magistrate) von Orchomenos bei dem Bankier Pistokles in Thespiae die Summe auf Nikareta übertragen liess. Ob nicht allein Nikareta, sondern auch die Stadt Orchomenos bei Pistokles ein Konto hatte, ob also die Zahlung durch blosse Ab- und Zuschreibung geschah, oder ob der Kämmerer von Orchomenos den Betrag bei Pistokles für diesen Zweck baar eingezahlt hat, erhellt nicht. Der hierüber lautende, gleichfalls auf Stein gegrabene, wohl einzige aus dem Alterthum erhaltene Vermerk[1] lautet:

> *Διαγραφὰ Νικαρέτᾳ διὰ τραπέδδας τᾶς Πιστοκλεῖος ἐν Θεσπιῆς. — ἐπὶ τὰς Πιστοκλεῖος τραπέδδας Νικαρέτη παρεγράφει πὰρ Πολιουκρίτω — Ἐρχομενίου ταμίαο οὑπεραμειράων — ἀργυρίου δραχμή* 18,833[2]:
>
> Umschreibung für Nikareta mittelst der Bank des Pistokles in Thespiae. Am ... hat bei der Bank des Pistokles der Kämmerer von Orchomenos, Polioukritos, der Nikareta zuschreiben lassen die für die verfallene und liquide Schuld (*οὑπεραμειρίαι*) vereinbarte Summe von 18,833 Drachmen Silber.

---

[1] Ueber die Anweisungen zur Auszahlung im Bankverkehr s. Demosth. c. Kalippum (LII) 3—7, 18, 19; c. Timotheum (XLIX) 5, 30, 59, 65. Polybius XXXII 13. Vgl. auch Büchsenschütz, Erwerb und Besitz S. 504 Note 5; Dareste, les plaidoyers civils de Demosthène I p. XXXVIII. Im Sprachgebrauch der Ptolemäer ist *διαγραφή* eine öffentliche Urkunde über Eigenthumserwerb (Peyron, papyri greci. Taurini 1826/27. I p. 144 ff. II p. 21 ff.).

[2] In dem Beschluss der Stadtgemeinde O. heisst es, dass er auf Stein gegraben werden solle, auch: *τὰν διαγραφὰν τῶν χρειμάτων ὧν [παρ]έγραψαν αὐτῆ διὰ τραπέδδας.*

Demnächst wird im Register der Thetmophylakes zu Thespiae die Schuld gelöscht[1] und dieser Löschungsvermerk von den Polemarchen der Stadt O. als Beleg für die Tilgung der Schuld der Stadtgemeinde O. vorgelegt. Diese beschliesst, indem sie ihren Beamten Decharge ertheilt, die einzelnen einschlägigen Aktenstücke in Stein hauen zu lassen.

Die einzelnen älteren Schuldurkunden von O. gegen N. sind nur ihrem wesentlichen Inhalt nach, vermuthlich so, wie sie bei dem Thetmophylakes registrirt waren, in der Inschrift enthalten; jede einzelne ist als *συνάλλαγμα* bezeichnet. Auffallend ist, ausser gewissen Dunkelheiten[2] der böotische Ausdruck *πτάμαθα*, wahrscheinlich *κτήματα*, d. h. Kapital (Cauer). Weshalb Foucart den Ausdruck *συνάλλαγμα* mit »billet à ordre« übersetzt, ist nicht ersichtlich, in den Einzelurkunden findet sich keine Spur der Orderklausel.

Praktisch handelte es sich nur noch um die novirende[3] Gesammtschuldurkunde. In dem Volksbeschluss von O., kraft dessen die Gesammtschuldurkunde aufgenommen ist, heisst es:

> *Σούγγραφον δὲ γραψάσθη τῷ ἀργυρίῳ τὼς — πολεμάρχως Ἐρχομενίων κὴ ἐγγούως ὥς κα δοκιμάδδη Νικαρέτα, καὶ θέσθη μεσέγγυον πὰρ Φιφιάδαν Τιμοκλεῖος Θεσπιεῖα:*
>
> eine syngraphe soll geschrieben werden über das Geld durch die Polemarchen von O. und die Bürgen, welche N. genehmigen wird und dieselbe soll deponirt werden bei F. in Thespiae.

Der spätere Beschluss geht dahin, dass die Zahlung nur gegen Vernichtung der Schuldurkunde geschehen solle:

> *καὶ τὰν συγγραφὰν ἅν ἔχι — ἀνελέσθη.*

Diese syngraphe in Form eines neuen Darlehensschuldscheines — es wird die Hingabe des vereinbarten (fälligen) Schuldbetrages als Darlehen fingirt —, deren wesentlicher In-

---

[1] Der Vermerk lautet: . . . *τὸ σου[ν]άλλα[γ]μα διαγράψη τὰς οὐπερ[αμ]ερίας τὰς Νικαρέτας ἐν Θεσπιῆς τὰς κὰτ τᾶς πόλιος —. Τῶν τεθμοφυλάκων γραμματεὺς Σα . . .*

[2] So das „*Σουντόμω*". Heisst es solidarisch (Foucart) oder ist es ein Name (Cauer)?

[3] S. auch Szanto a. a. O. VII S. 241; VIII S. 7, 30 ff.

halt bereits mitgetheilt ist, enthält nun vier hier in Betracht kommendeK lauseln:

1. die Klausel der Solidarverbindlichkeit gegen die nominellen (4) Darlehensempfänger und gegen die (10) Bürgen;
2. die Executivklausel gegen alle diese Personen;
3. die Klausel der unbedingten Verbindlichkeit (Unumstösslichkeit)[1] der Urkunde;
4. die Order- oder die alternative Inhaber-Klausel.

Der einschlägige Passus lautet:

— *ἀποδότωσαν δὲ τὸ δάνειον οἱ δανεισάμενοι ἢ οἱ ἔγγυοι Νικαρέτᾳ* — —

ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσ[ι] πραχθήσονται κατὰ τὸν νόμον. [ἡ] δὲ πρᾶξις ἔστω ἔκ τε αὐτῶν τῶν δανεισαμένων καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐκ πλειόνων καὶ ἐκ πάντων καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς[1], *πραττούσῃ ὃν ἂν τρόπον βούληται. Ἡ δὲ συγγραφὴ κυρία ἔστω κἂν ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας.*

Darauf folgen die Namen der sieben Zeugen, darunter Fiphiades, bei welchem *ἁ σούγγραφος* deponirt werden soll.

Unter diesen vier Klauseln sind uns die drei ersten bereits aus den früheren Erörterungen über das Recht der Demosthenischen Zeit bekannt. Neu ist die vierte Klausel.

ἐπιφέρειν ist vorlegen, vorzeigen (exhibere)[2]: die Urkunde soll unumstösslich (verbindend) sein, auch wenn ein anderer als Nikareta selbst die Urkunde vorlegt, d. h. natürlich, im Zusammenhange, aus derselben die Execution (*πρᾶξις*) vollstreckt. Dagegen sind die Worte *ὑπὲρ Νικαρέτας* mehrdeutig. Sie können bezeichnen: für, d. h. zum Vortheil der N.; an Stelle der N.; um der N. willen u. s. f. Es ist so nicht deutlich erkennbar, ob der Vorleger der syngraphe durch diese allein legitimirt sein soll, oder ob er Vollmacht (Cession?) der N. beizubringen hat, und ob er überhaupt kraft eigenen Rechts

---

[1] D. h. gegen ihre Person und ihr Vermögen.

[2] Turiner Papyrus I (Peyron 1826/27), p. 4 l. 16: *ταῖς ἐπιφερομέναις — συγγραφαῖς*; p. 6 l. 2: *διαγαφὴν* (Steuerregister des königl. Bankiers) *ἐπιφέροντος*. S. auch Papyrus du Louvre (Paris 1865) 15 Z. 59, 60: *εἰ καί τις θείῃ μηδεμίαν ἐπιφέρειν αὐτοὺς συγγραφὴν* —.

oder nur als Vertreter (Cessionar?) der N. exequiren dürfe. Sicher ist nur, dass die Eintreibung der Schuld durch diese »Inhaberklausel« hat erleichtert werden sollen.

5.

Die von Kumanudis zuerst publicirten[1] Anlehensurkunden der Stadt Arkesine auf der Insel Amorgos, welche dem 2. Jahrhundert v. Chr. angehören, enthalten überaus harte, zum Theil exorbitante Anlehensbedingungen. Die beiden wichtigsten dieser Urkunden hat C. Wachsmuth neu edirt und mit vortrefflichem Kommentar versehen.

a. Inschrift I bei W. (Bull. VIII p. 23) betrifft folgenden Fall:

Praxikles aus Naxos hat der Gemeinde Arkesine 3 Talente attischen Silbers geliehen zu 10 % Zinsen, und zwar ohne jedes Risiko (des Gläubigers) heimzahlbar: *ἀκίνδυνομ πα[ντ]ὸς κινδύνου*[2]. Zur Sicherheit dient eine Hypothek an allem Gut der Arkesineer, zu Lande und zu Wasser, sowohl dem Staatsgut wie dem Vermögen der Bürger und sogar der Metöken. Das Kapital ist beliebig, jedoch mit sechsmonatlicher Frist kündbar; erfolgt die Rückzahlung des gekündigten Kapitals nicht rechtzeitig, so tritt poena dupli ein.

Die wichtigsten uns interessirenden Klauseln sind:

1. Solidarverbindlichkeit sowohl der Gemeinde wie aller Einwohner und Metöken von Arkesine:

   καὶ ἐξ ἑνὸς [ἑ]κάστου ἅπαν τὸ ἀργύριον [κ]αὶ ἐξ ἁπάντων, τρόπωι ὧι ἂν ἐπίστηται —.

---

[1] Athenaion Bd. X (1882) p. 537 ff. und bulletin de corr. hell. VIII (1882) p. 23 ff. S. auch über diese Urkunden die S. 176 Note 1 genannten Erörterungen von Wachsmuth, Dareste, Szanto.

[2] Nämlich im Gegensatz zum Seedarlehen. Die Klausel „ἀκίνδυνον“ u. dgl. entspricht der im Mittelalter üblichen Klausel »salvos (salvum) in terra« (assalvi in terra). Es ist das reine, gemeine Darlehen; der uns selbstverständlich erscheinende Zusatz erklärt sich aus der Häufigkeit des Seedarlehens und verwandter Geschäfte. S. Pseudorhod. Seerecht p. II c. 17 (Pardessus coll. de lois marit. I p. 236): *ἔγγυα καὶ ἀκίνδυνα*; l. 1 pr. D. de naut. foen. (22, 3); l. 2, 5, 3 (1, 4, 2) C. eod. (4, 33). Cicero ad fam. II, 17, 4: sine vecturae periculo. Meine Abhandlung: Zur Geschichte der Seeversicherung (Jurist. Abhandlungen. Festgabe für G. Beseler. 1885) S. 211 ff. Das Material der mittelalterlichen Urkunden ist inzwischen erheblich gewachsen.

2. Die Exekutivklausel gegen alle diese Personen:

— *ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσιμ* (*ν*?), nämlich falls die Zinsen von den Kämmerern der Stadt Arkesine nicht rechtzeitig gezahlt werden, *πρακτοὶ ἔστωμ Πραξικλεῖ οἱ μὴ ἀποδόντες ἡμιόλιον τὸ ἀργύριον ἐκ τῶν ἰδίων πράξει πάσηι καθάπερ ἐγ δίκης τέλος ἐχούσης κατὰ τὸ σύμβολον τὸ Ναξί[ων κ]αὶ Ἀρκεσινέων·* —

Ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσιν τὸ ἀργύριον κατὰ τὰ γεγραμμένα, — d. h. das Kapital — *ἐξέστω πράξασθαι Πραξικλεῖ ταῦτα τὰ χρήματ[α] πράξει πάσηι ἔ[κ] τε τῶν κοινῶν τ[ῶ]ν Ἀρκ[ε]σινέων πάντων καὶ ἐκ τῶν [ἰ]δίων — τρόπῳ ὧι ἂν ἐπίστηται, καθάπερ δίκην ὠφληκότων ἐν τῷ ἐκκλήτωι κατὰ τὸ σύμβολον τὸ Ναξ[ίω]ν καὶ Ἀρκεσινέων τέλος ἐχούσηι ἀζημίωι ὄντι πάσης ζημίας* —.

Die urkundliche Feststellung des Executivrechts soll somit gleiche Kraft haben, wie ein auf Klage vor dem Schiedsgericht[1], welches laut Staatsvertrag (*σύμβολον*) zwischen Arkesine und Naxos besteht, ergangenes Urtheil.

Widerstand gegen die *πρᾶξις* wird mit Strafe von 1 Talent und Ersatz aller Kosten und Schäden, ohne Minderung der Schuld, geahndet; auch für diese Strafe ist die gleiche *πρᾶξις* statthaft. Das so executorisch Beigetriebene mindert nicht den Betrag der Schuld.

3. Verschiedene Order- oder alternative Inhaber-Klauseln, in Verbindung mit der Klausel der unbedingten Verbindlichkeit (Unumstösslichkeit) der Urkunde:

a) Z. 17, 18. Die Kündigung des Kapitals darf auch durch einen Boten (nuntius, missus) des Gläubigers geschehen:

Τὸ δὲ ἀρχαῖον ἀργύριον ἀποδώσουσιν ἐν ἓξ μησὶν, ἀφ' οὗ ἂν ἀπαιτήση[ι] Πρα[ξι]κλῆ[ς] ἢ ὃν ἂν πέμψηι Πραξικλῆς ἀπαιτήσοντα.

b) Z. 18—20. Die Rückzahlung von Kapital bezw. die Zinszahlung soll in Naxos geschehen an den Gläubiger oder an jemand anders auf dessen Geheiss:

---

[1] Ueber *πόλις ἔκκλητος* cf. Hesych. s. v. *ἔκκλητοι* und Aechines c. Timarch. 12, 39; Heffter, Athenäische Gerichtsverfassung S. 91 verb. S. 493.

Ὅταν δὲ ἀποδιδῶσιν [τ]ὸν τόκον ἢ τὸ ἀρχαῖον, ἀποδώσουσιν ἐν Νάξωι Πραξικλεῖ ἢ ὧι ἂγ [κ]ελεύ[ηι] Πραξικλῆς, in geeigneter Münzsorte [ὅ]*πω*[*ς*] *ἂγ κελεύηι*.

Diese Klausel macht wesentlich die Urkunde zu einem domicilirten Eigenwechsel an Order des Gläubigers.

c) Z. 32, 33. Die Execution kann geschehen durch den Gläubiger oder durch andere Personen auf dessen Geheiss:

καὶ ἐάν τινες ἄλλοι πράττωσιν τὰ χρήματα κελεύοντος Πραξικλέους.

d) Z. 41—46. Die Urkunde gilt unumstösslich und zwar zu Gunsten eines jeden, der sie vorlegt, mag dies der Darlehensgläubiger sein oder wer immer für ihn den Betrag einzieht (exequirt):

Τῆς δὲ συγγραφῆς τῆσδε [ὡ]μολόγησαν Ἀρκ[εσιν]εῖς μηδὲν εἶναι κυριώτερον, μήτε νόμον μήτε ψ[ήφ]ισμα μήτε δ[όγμ]α [μή]τε στρατηγὸν μήτε ἀρχὴν ἀλλὰ κρίνου[σ]αν ἢ τὰ ἐν τῆ[ι συγγ]ραφῆι γεγ[ρ]αμμένα μήτε ἄλλο μηδὲν μήτε τέχνηι μήτε πα[ρε]υρέσει μηδεμιᾷ, ἀλλ' εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρίαν οὗ [ἂ]ν ἐπιφέρηι, ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσ[σοντ]ες ὑπὲρ αὐτοῦ.

b. Die Inschrift II bei W. (Athen. X p. 536 Nr. 9) betrifft ein Darlehen von unbekanntem Umfang, welches ein gewisser Alexandros (wahrscheinlich aus Arkesine) der Gemeinde Arkesine gegeben hat. Sie ist nur theilweise erhalten. Auch sie enthält:

1. die Klausel der Solidarverbindlichkeit in gleichem Umfange wie Urkunde **a**;
2. die Executivklausel: *ἐξέστω πράξασθαι*, in wesentlich gleichem Umfange wie Urkunde **a**: *καθάπερ δίκην ὠφληκότων ἐν τῆι ἐκκλήτωι καὶ ὄντων ὑπερημέρων*. Besonders hervorgehoben ist hier noch, dass jeder Widerstand gegen den Exequenten, auch seitens eines Beamten (*ἄρχων*), so behandelt werden solle, als wäre über die *δίκη ἐξούλης* rechtskräftig entschieden[1]:

[1] S. oben S. 174.

ἀποτε[ισ]άτω Ἀλεξάνδρωι ἀργυρίου δραχμὰς Δ[Δ]Δ ... ος καὶ πρακτὸς ἔστω τοῦτο τὸ ἀργύριον ὡς ὠφληκὼς δίκην Ἀλεξάνδρωι ἐξούλης ἐν τῆι ἐκκλήτωι καὶ ὢν ὑπερήμερος.

3. Verschiedene Order- oder alternative Inhaber-Klauseln.
   a) Z. 9, 10, wörtlich gleich Urkunde a Z. 32, 33: *καί ἐάν τινες ἄλλοι [πράττ]ωσι τὰ χρήματα κελεύοντος Ἀλεξάνδρου.*
   b) Z. 19—25, wörtlich gleich Urkunde a Z. 41—46, auch hier die Klausel: *εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρίαν οὗ ἂν ἐπιφέρηι ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ.*

c. Inschrift III (Athenaion X p. 537 Nr. 10) ist sehr verstümmelt. Aber es findet sich doch sicher:

1. die Executivklausel:
   Z. 2, 3: *καὶ πρακτὸς ἔστω το[ῦ]το τὸ ἀργύριον ὡς ὠφληκῶς δίκην ....*
   Z. 5, 6: *καὶ ἐάν τι βλάβος ἢ ἀνάλωμα γένηται εἰς τὴν εἴσπραξιν τῶν χρημάτων ...*
2. Z. 7 wörtlich wie Urkunde a Z. 41 ff. und Z. 11, 12: *ἀλλ' εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρία[ν] οὗ ἂν ἐπιφέρηι ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ —.*

d. Inschrift IV (Bull. de corr. hell. VIII p. 26, 27). Sehr verstümmelt. Verschiedene Personen aus Astypalaiai haben an die Gemeinde Arkesine 5 alexandrinische Talente ... Drachmen zu monatlichem Zins von 4 Obolen 2 Chalkous bis zu einem bestimmten Termine geliehen. Strafe bei Verzug. Hinsichtlich der Zinszahlung findet sich die Executivklausel[1] mit Orderklausel:

---

[1] Auch das in dem Testament der Epicteta von der Insel Thera, aus dem 3. oder 2. Jahrhundert v. Chr., geordnete merkwürdige Statut einer Familiengenossenschaft (Boeckh, c. inscr. gr. II Nr. 2448; Cauer, del. inscr. p. 77 — s. auch Dareste, nouv. revue histor. VI [1882] p. 250 ff., Keil, Hermes XXIII [1888] p. 289 ff. —) enthält an zahlreichen Stellen die Executivklausel wegen Nichtleistung von Bussen u. dgl.; auch gegen den Genossenschaftsvorsteher: IV (III) l. 37: *πράσσεσθαι*; V 20: *πράξατο αὐτὸν*; 31: *ἁ πρᾶξις ἔστιν*; VII 4 ff.: *πρακτὸς ἔστω* —; 22 ff.: *πρακτὸς ἔστω* —; VIII 14: *πρακτὸς ἔστω* — meist mit dem Zusatz *κατὰ τὸς* (oder *τοὺς*) *νόμος* — also augenscheinlich Gesetz oder Gewohnheitsrecht.

Z. 9, 10: ἀποδώσουσι δὲ Ἀρκεσινεῖς τὸν τόκον κατ' ἐνιαυτὸν τοῖς δανεισταῖρ ἀκίνδυνον (s. oben S. 180 Not. 2) ἐν Ἀστυπαλαίαι νόμισμα Ἀλεξάνδρεον etc.

und dürfen, Z. 12, die Gläubiger selbst oder deren Boten exequiren:

ἢ αὐτοὶ ἢ ἄλλον πέμψαι εἰ[ς]πρά[σσ]ειν,

vgl. auch Z. 14: πράξει, Z. 20: εἰσπράσσοντι.

Z. 26: μηδὲν κυριώτερον μήτε νόμον μήτε ψήφισμα . . . . .,

wahrscheinlich stand also auch hier, wie in den drei anderen Urkunden, die Klausel: οὗ ἂν ἐπιφέρηι oder dergl.

6.

Weiter gehören dem hellenistischen Quellenkreise an: ägyptische Papyrusurkunden der Ptolemäer- und der römischen Zeit. In den von mir eingesehenen findet sich Order- oder Inhaber-Klausel nicht und, was wichtiger ist, Herr Professor Dr. Winkler erklärt, bisher diese Klausel nicht bemerkt zu haben.

Anders verhält es sich mit der Executivklausel.

Der vielbesprochene Papyrus O. Leyden[1] aus dem Jahre 89 v. Chr. betrifft ein unverzinsliches Darlehen des Conuphis an den Perser Petimuthes in Höhe von 12 Drachmen; bei nicht rechtzeitiger Rückzahlung soll die Schuldsumme auf 18 Drachmen und 30 % Jahreszinsen wachsen. Am Schlusse steht die Executivklausel:

ἡ πρᾶξις ἔστω Κονούφει καὶ τοῖς παρ' αὐτοῦ καθάπερ ἐκ δίκης.

Ob unter den οἱ παρ' αὐτοῦ verstanden werden Bevollmächtigte, Cessionare, Erben oder vielleicht nur die »Leute« (Untergebenen), oder ob darin eine Orderklausel liegt, ist nicht festzustellen.

Der Papyrus 7 du Louvre[2], von unsicherem Datum (166 v. Chr.?) beurkundet ein Getreidedarlehen unverzinslich; bei nicht rechtzeitiger Rückgabe Strafe des ἡμιόλιον. Weiter:

[1] Papyri graeci Musei Lugduni-Batavi ed. Leemans (1843) p. 77.

[2] Notices et extraits des manuscrits t. XVIII (Paris 1865) p. 171 ff.

ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω Ἀρσιήσει (Gläubiger) *ἐκ τῶν Ἀσκλεπιάδος* (Schuldnerin) *καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῇ πάντων πράσσοντι καθάπερ ἐγ δίκης.*

Der Papyrus 62 du Louvre[1] (181 v. Chr.?) betrifft die Einziehung von Abgaben. Es heisst dort:

col. 6 l. 14: *Ἐὰν δέ τινες πρὸς τὰς ἐγλήψεις ὀφείλωσιν ἡ πρᾶξις ἔστω ἐξ ἑνὸς καὶ ἐκ πάντων* (solidarisch).

Dass noch in der Römerzeit *πρᾶξις* die Execution bezeichnet, erweist u. a. das Edikt des Tiberius Julius Alexander a. 68 n. Chr.:

4. *ἵνα αἱ πράξεις τῶν δανείων ἐκ τῶν ὑπαρχόντων ὦσι καὶ μὴ ἐκ τῶν σωμάτων*, daher *πρακτόρειον* = Schuldgefängniss (Bruns-Mommsen, fontes[5] p. 219).

In der von Josephus (antiq. Iud. XVI 9, 1) erwähnten *συγγραφή* des Herodes stand:

ἐξεῖναι τῆς προθεσμίας (Zahlungstermin) *παρελθούσης ῥύσια λαμβάνειν ἐξ ἁπάσης τῆς χώρας,*

d. h., wie bereits Wachsmuth a. a. O. S. 300 bemerkt hat, unbedingtes Exequirungsrecht an dem gesammten (verpfändeten) öffentlichen und privaten Eigenthum des Königs, hier dem ganzen Land.

7.

Ueberblickt man den durch die S. 172—185 umschriebenen späthellenischen Rechtszustand, so wird sich nicht bezweifeln lassen, dass in Gemässheit solcher Urkunden der blosse Inhaber bezw. der durch Order als Gläubiger legitimirte Inhaber der Urkunde ein, gemäss der absoluten Verbindlichkeit der Urkunde unanfechtbares, sogar durch unmittelbare Vollstreckbarkeit ausgezeichnetes Forderungsrecht hatte. Wie sich hiermit die noch immer herrschende Annahme, dass die syngrapha des griechischen Rechts, auch des späteren, eine schlichte Beweisurkunde gewesen sei, in Einklang bringen lässt[2], kann hier nicht untersucht werden.

[1] Eod. p. 352 ff. S. auch Papyrus III von Turin (Peyron, papyri greci r. T. M. Aeg. Turin 1826/27) l. 44 (*πραχθῆναι*); Papyr. V eod. l. 14 ff.: *πρᾶξειν, πρακτήσειν, πράσσειν*; Pap. VIII l. 86: *πραχθῆναι αὐτὸν τὰ ἐπιτίμια.*

[2] Zweifel gegen diese Annahme s. jetzt bei Schupfer, singrafe e chiro-

Dagegen lässt sich die Frage nicht abweisen, in welchem Verhältniss die Inhaber- bezw. Order-Klausel zu den allgemeinen Grundsätzen des griechischen Obligationenrechts steht. Denn die Bedeutung dieser Klausel ist ja eine sehr verschiedene, je nachdem bereits freie (gerichtliche) Stellvertretung und freie Uebertragbarkeit (Cessibilität) der Forderungen besteht oder nicht besteht. Im ersten Falle bedarf es ihrer zur Geltendmachung von Forderungen durch Andere bezw. zu deren Uebertragung auf Andere nicht, wogegen sie sonstige, vielleicht weitergehende Zwecke als die Cession (so in der Gegenwart) verfolgt. Im zweiten Falle ist sie Ersatzmittel der noch fehlenden (gerichtlichen) Stellvertretung und Cession, kann aber von vorneherein mit weiteren Wirkungen als diese ausgestattet sein und so sich später auch neben der anerkannten Cession behaupten [1].

Nun ist, soviel ich sehe, die Frage nach der allgemeinen Statthaftigkeit der Cession im griechischen oder auch nur im attischen Recht noch gar nicht der genaueren Untersuchung unterzogen worden. Wenn Cruchon, les banques dans l'antiquité (Paris 1879) p. 25 behauptet: »la cession des créances était permise à Athènes par la loi de Solon« so ist er selbstverständlich dafür jeden Beweis schuldig geblieben und es steht ihm keineswegs die Autorität Caillemers zur Seite, der vielmehr bemerkt, dass sich von Cession oder Indossament des »Wechsels« im attischen Recht keine Spur findet [2]. Dareste spricht in seinen schätzenswerthen Erörterungen zu den Demosthenischen Reden (plaidoyers civils de Demosthène, Paris 1875) gar nicht von der Cession; I p. XL behauptet er, dass die Athener die effets à ordre nicht gekannt hätten. Später (bulletin de corr. hellén. VIII p. 375 ff.) zieht er aus der syngrapha in Lacritum und den vorstehenden, neu aufgefundenen Urkunden folgende Schlüsse:

Unter syngrapha hätten die Griechen eine Urkunde ver-

grafi (Rivista Italiana per le scienze giuridiche VII, 3 [1889], vgl. schon Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde (1880) S. 49 Note 3.

[1] S. meine Ausführungen in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XXVIII S. 74.

[2] Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes. Lettres de change (Paris 1865) p. 14 ff.

standen, welche einen öffentlichen Charakter trug, mindestens auch die Gegenwart zahlreicher Zeugen und bereite Execution ohne richterliches Urtheil nach sich zog. Die Urkunde stellte regelmässig fest, dass das Vollstreckungsrecht Jedem zustehen solle, welcher sich Namens des ursprünglichen Gläubigers vorstellte. Diese Klausel, welche man da, wo sie nicht ausgesprochen war, als stillschweigend verstanden ansehen darf, macht aus der Urkunde »un titre, un valeur cessible et négociable et même en réalité un titre au porteur, toute fois avec l'obligation pour le porteur de prouver sa qualité de mandataire, en cas de contestation«. An einer anderen Stelle (p. 374) nennt er die Klausel der Urkunde des Praxikles (oben S. 182) das älteste Beispiel »de la clause à ordre«.

Dass in dieser Darstellung Richtiges und Unrichtiges durcheinandergehen, liegt auf der Hand. Einerseits ist es sicherlich unbegründet, dass die (jede) syngrapha die Executivklausel und gar die Inhaberklausel tacite in sich geschlossen habe (etwa wie der deutsche — nicht der französische — Wechselbrief die Orderklausel), wie üblich auch die erste war und wie häufig in späterer Zeit die zweite oder eine verwandte Orderklausel vielleicht vorgekommen ist. Andererseits ist nach dem Zusammenhang unserer Urkunden, namentlich bei den schweren Bussen, welche in den amorginischen Urkunden auf Widerstand gegen die Execution gesetzt sind, keineswegs wahrscheinlich, dass der Urkundeninhaber verbunden gewesen wäre, sich über seine Befugniss zur Execution anders als durch die Urkunde auszuweisen. Endlich wäre, wenn die syngrapha schlechthin ein valeur »cessible« war, der Nachweis des Urkundeninhabers ja keineswegs auf seine »qualité de mandataire« beschränkt gewesen — es hätte ihm, was wohl auch Dareste nicht in Abrede stellen will, freigestanden, sich als Cessionar auszuweisen.

Lipsius (Meier und Schömann, Der attische Prozess) spricht von der Uebertragung der Forderung (?) nur S. 694: »In diesem Falle (bei der in Form des Verkaufs auf Wiederkauf, *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, erfolgenden Hypothekbestellung) wird die Uebertragung des verpfändeten Guts auf einen andern Scheinkäufer nicht selten vorgekommen sein. Dass aber bei jedem Darlehensvertrag das in der *συγγραφή* dem Gläubiger zugestandene Recht ohne weiteres auf jeden Dritten über-

tragbar war, erscheint nicht glaublich.« Dazu Note 591 »Die Bestimmung (auf die Besonderheit unserer Klauseln wird gar nicht eingegangen) kommt auf Darlehensverträgen von Orchomenos und Arkesine vor, darf aber darum nicht mit Dareste als stillschweigend auch da vorausgesetzt gelten, wo sie in der *συγγραφή* nicht enthalten ist.«

Näher, und zwar unter Verneinung allgemeiner Cessibilität, spricht sich Wachsmuth a. a. O. S. 295, 296 aus. Er findet in den amorginischen Urkunden die Besonderheit, dass die executorischen Maassregeln nicht nothwendig von der Person des Gläubigers auszuführen sind, dass die Kündigung der Kapitalien nicht durchaus von der Person des Gläubigers auszugehen und dass die Rückzahlung der Schuld nicht durchaus an sie zu erfolgen hat, sondern dass für alle diese Geschäfte von den Gläubigern Beauftragte eintreten können und dass schliesslich ganz allgemein absolute Uebertragbarkeit jeder aus der Schuldurkunde erwachsenen Forderung auf andere ausdrücklich ausgemacht wird. Daraus sei zu entnehmen, dass nach hellenischem Recht gewöhnlich die Pfändung von dem Gläubiger persönlich vorgenommen werden musste — wofür auch ein, freilich nicht sicherer Beweis in der Pseudo-Demosthenischen Rede gegen Euergos und Mnesibulos (XLVII §§ 63, 65) gefunden wird —, diese Beschränkung werde hier aufgehoben und etwas Aehnliches sei vermuthlich bei solchen Darlehensverträgen öfters vorgekommen. »Doch ist der einzige m. W. bisher anderweit nachweisbare Fall (der orchomenische der Nikareta) um deswillen nicht voll beweiskräftig, weil es sich hier um eine Frau handelt. Ganz neu ist die Uebertragung einer ausstehenden Forderung an Dritte, und man könnte sich versucht fühlen, hierin ein erstes Auftreten des Gedankens zu sehen, der zu dem modernen kaufmännischen Wechsel führte; aber der Weg ist doch noch sehr weit, und dass man auf ihm im Handelsverkehr innerhalb der hellenischen oder hellenistischen Welt die weiteren entscheidenden Schritte gethan habe, dafür fehlt es bekanntlich an jedem Beweis.«

Ich darf einige Bedenken gegen diese unzweifelhaft fördernde Darstellung nicht verschweigen. Zunächst finde ich hinsichtlich der »Uebertragung ausstehender Forderungen« keinen Unterschied zwischen der Orchomenischen Urkunde der

Nikareta und den amorginischen Urkunden; in allen gleichmässig findet sich die alternative Inhaber- oder doch Order-Klausel:

Κἂν ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας und *οὗ ἂν ἐπιφέρῃ, ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ*,

nur dass in den amorginischen Urkunden noch ausdrücklich besonders hervorgehoben wird, dass auch die *πρᾶξις* durch andere (*κελεύοντος Πραξικλέους — κελεύοντος Ἀλεξάνδρου — ἢ αὐτοὶ ἢ ἄλλον πέμψαι εἰσπράσσειν*) geschehen dürfe. Dass Nikareta ein Weib ist, würde doch wohl nur insofern in Betracht kommen, als sie diese Verfügung über die ihr zustehende Forderung nicht ohne ihren (hier assistirenden) *κύριος* vornehmen durfte.

Sodann ist, wie W. wohl selber anerkennt, aus der Thatsache allein, dass in Demosthenes c. Euergos und Mnesibulos die Möglichkeit, der exequirende Nichtgläubiger Euergos, (der Bruder des Gläubigers Theophemos, 63: *ᾧ οὔτε δίκην ὠφλήκειν, οὔτε συμβόλαιον ἦν μοι πρὸς αὐτὸν οὐδέν.* 65: *πρὸς οὐδέν μοι πρᾶγμα ἦν* — cfr. auch 53) könne den wirklichen — bereits in Annahmeverzug gesetzten — Gläubiger vertreten haben, nicht berücksichtigt wird, kein Schluss auf die rechtliche Unstatthaftigkeit einer derartigen Vertretung kraft erweislicher Vollmacht oder Cession des wirklichen Gläubigers zu entnehmen; um so weniger, als nach der Darstellung des Redners, der Gläubiger Theophemos bis dahin und noch später in Person mit seinem Schuldner verkehrt, auch die ersten Pfändungsmaassregeln selbst (52), später in Gemeinschaft mit Euergos (58 ff.) vornimmt.

Nicht in der Lage, das gesammte Quellenmaterial zu übersehen, will ich mich auf einige, insbesondere aus den echten und pseudo-Demosthenischen Reden entnommene Bemerkungen beschränken.

Wider die allgemeine Statthaftigkeit der Cession dürfte der Umstand ins Gewicht fallen, dass anscheinend überall der Gläubiger selbst seine Sache vor Gericht vertritt (nul plaid par procureur), auch die Gerichtsrede des Logographen nur zur Unterstützung der Prozesspartei dient, mag derselbe auch, wie Demosthenes für Phormio, allein sprechen[1];

[1] S. auch E. Platner, Der Prozess und die Klagen bei den Attikern I

von einem cognitor oder procurator in rem suam des römischen Rechts finde ich bei den Attikern keine Spur. Nicht unerheblich erscheint auch, dass Quintilian, freilich kein zuverlässiger Zeuge für älteres attisches Recht, sagt (instit. orat. II, 15, 30): Nam et Socrates inhonestam sibi credidit orationem, quam ei Lysias reo composuerat; et tum maxime scribere litigatoribus, quae illi pro se ipsi dicerent, erat moris, atque ita iuri, quo non licebat pro altero agere, fraus adhibebatur.

Die häufig vorkommenden Zahlungsmandate, insbesondere Anweisungen auf die Bankiers, bestimmt bezeichneten Personen Auszahlungen zu machen[1], erweisen selbstverständlich nicht die Cession, zumal häufig die Zahlung auf Kredit geschieht.

Dass es nicht üblich war, auf blosse briefliche Anweisung, sogar an darin benannte Personen zu zahlen, zeigt Demosth. c. Nausimachos und Xenophitos (XXXVIII) 11, 12, wo, allerdings unter den besonderen Umständen des Falles, eine so behauptete Zahlung als unglaubwürdig bezeichnet wird: *ταῦτα τῷ μὴ κυρίῳ πέμψαντι γράμματα ἑκῶν ἀποδοῦναι*, und 14: *εἴ τινα ἔπεμψεν ὁ Δημάρετες.*

Wenn in den Bankbüchern sogar von vornherein notirt wird, wer an Stelle des Zahlungsdestinatärs die Zahlung in Empfang nehmen soll (gleich der vierten Person des »Präsentanten« in der mittelalterlichen Tratte): Demosth. c. Kalippum (LII) 4, vgl. 7, so fällt dies gegen die Statthaftigkeit, mindestens gegen die Ueblichkeit der Cession, noch mehr selbstverständlich gegen die Ueblichkeit einer Order- oder Inhaber-Klausel (eines etwa vom Bankier ausgestellten Empfangscheines)[2] ins Gewicht.

Andererseits findet sich in Demosth. c. Apaturios (XXXIII) 7, 8. die Uebertragung einer Forderung von 3 Minen, des Parmenon gegen Apaturios auf den Kläger, erwähnt: *καὶ τὰς*

(1824) S. 94, obwohl er einige anscheinend abweichende Vorkommnisse aufzählt.

[1] So insbes. Demosth. c. Timotheum (XLIX), wo Pasion im Auftrage des Timotheus verschiedene Zahlungen leistet: 6, 16, 17, 22, 23, 28—30, 65 (*δοῦναι ἐκέλευσεν Ἀντιμάχῳ* etc.).

[2] So der Siebenbürgische Depositalschein a. 167 p. Chr. (Bruns-Mommsen, fontes5 p. 268).

τρεῖς ἃς προειλήφει οὗτος παρ' ἐκείνου ἀνθολογησάμενος πρὸς τοῦτον. Die Uebertragung kann im Wege der Novation[1] oder der Cession erfolgt sein.

Wichtiger ist Demosth. pro Phormione (XXXVI) 5, 6. Pasion hatte die bei ihm von Geschäftskunden deponirten Gelder (11 Talente) im eigenen Namen verzinslich ausgeliehen. Als nun der bisherige Geschäftsführer Phormion von Pasion das Bankgeschäft pachtweise übernahm[2], somit auch die Depositen — so dass er selbst Schuldner der Depositengelder wurde (?) — sah er, dass er ausser Stande sein würde, die von Pasion gegen hypothekarische Sicherheit ausgeliehenen Gelder einzutreiben (*εἰσπράττειν*), weil er noch nicht athenischer Bürger war: *μήπω τῆς πολιτείας αὐτῷ παρ' ὑμῖν οὔσης*. Deshalb übernahm Pasion gegen ihn (bezw. gegen das »Bankgeschäft«) die Schuld von 11 Talenten, an Stelle derjenigen Personen, welchen diese Summen von Pasion ausgeliehen waren.

Der Schluss ist unabweislich, dass wenn dem Phormion nicht der Mangel des athenischen Bürgerrechts entgegengestanden hätte (wahrscheinlich, weil der blosse Metöke auch des Pfandbesitzes an Immobilien unfähig war), Phormion unbedenklich die ausstehenden Bankforderungen an Stelle des Pasion von den Schuldnern hätte eintreiben dürfen. Es muss also, in Demosthenischer Zeit, die Cession oder gerichtliche Stellvertretung statthaft gewesen sein — mindestens in Verbindung mit Ueberlassung von Bank- und ähnlichen Handlungen, zu deren Activa diese Forderungen gehörten — aber — sofern es sich um hypothekarisch gesicherte Forderungen handelte — oder allgemein (?) — nur zu Gunsten von Bürgern, nicht von Metöken oder von Fremden[3].

---

[1] So Dareste, plaidoyers civils de Demosthène p. 203, 214 Note 3.

[2] Die „*μίσθωσις*" steht in der Rede des Demosth. (richtiger Apollodor) c. Stephanos I (XLV) 31. Wie die Klausel: „*ὀφείλει δὲ Πασίων ἐπὶ τὴν τράπεζαν ἕνδεκα τάλαντα εἰς τὰς παραθήκας*" von Apollodor dahin umgedeutet wird, dass die 11 Talente in der Kasse gefehlt hätten und von Phormion unterschlagen worden seien, ist ein Meisterstück der Rabulisterei in diesem auch sonst schmachvollen Rechtshandel.

[3] Im mittelalterlichen Italien sind statutarische Verbote derart häufig, z. B. in Pisa, Padua, Modena und sonst: Pertile, storia del diritto Italiano IV p. 517.

8.

Dem hellenischen Quellenkreise nahe stehen selbstverständlich die Plautinischen Komödien, insbesondere die nachweislich einem griechischen Original nachgebildeten. Immerhin darf man als Regel annehmen, dass Plautus nicht leicht Rechtsverhältnisse dargestellt hat, welche ganz ausser dem Gesichtskreise seines römischen Publikums standen, so dass sich aus solchen Erörterungen ein freilich nicht sicherer Beweis für deren Vorkommen auch im römischen Rechtsleben entnehmen lässt. Gleichzeitig dürfte feststehen, dass zur Zeit des Plautus die Cession dem römischen Recht noch durchaus unbekannt war[1].

Der Curculio[2] spielt bekanntlich in Karien und in Epidaurus, also auf hellenischem Boden. Der miles hat von dem Cappadox leno ein Mädchen für 30 Minen gekauft, dazu noch Kleid und Schmuck für 10 Minen. Den Preis hat er noch nicht bezahlt, sondern (mindestens die 30 Minen) bei dem »tarpessita« Luco in Epidauris deponirt: apud tarpessitam situmst (2, 3, 64 ff. [v. 341 ff.], vgl. IV 3, 4 [v. 536]), aber mit folgender Anweisung:

v. 345 ff.: Atque ei mandaui, qui anulo
Meo tabellas opsignatas attulisset, ut daret
Operam ut mulierem a lenone cum auro et veste abduceret.

Demnächst stellt sich Curculio dem Luco vor, als Abgesandter des miles Therapongitonus Platagidorus: 3, 38 ff. (v. 402 ff.):

Luco: Novi edepol nomen: nam mihi istoc nomine
Dum scribo, explevi totas ceras quattuor.
Sed quid Luconem quaeris?
Curc.: Mandatumst mihi
Ut has tabellas ad eum ferrem.
Luco: Quis tu homo's?
Curc.: Libertus illius, quem omnes Summanum vocant.

---

[1] Ueber die verwaltungsrechtliche attributio des aes hordearium in Aulul. u. Poenul. s. Bruns, Zur Geschichte der Cession (Kleine Schriften II S. 11, vgl. S. 28).

[2] Benutzt ist die Ausgabe von Fleckeisen (Teubner 1887).

Nachdem sich Luco zu erkennen gegeben hat (v. 418 ff.), geht das Gespräch weiter (v. 420 ff.):

Curc.: Multam me tibi
Salutem iussit Therapontigonus dicere
Et has tabellas dare me iussit.
Luco: Mihine?
Curc.: Ita.
Cape; signum nosce. nostin?
Luco: Quid si noverim?
Clupeatus elephantum ubi machera dissicit[1].
Curc.: Quod istic scriptum esset, id te orare iusserat
Profecto ut faceres, suam si velles gratiam.
Luco: Concede: inspiciam quid sit scriptum.
Curc.: Maxume
Tuo arbitratu, dum auferam aps te id quod peto.

Demnächst liest Luco folgenden Brief (III 59 ff. [v. 429 ff.]):

»Miles Luconi in Epidauro [hospes] hospiti
Suo Therapontigonus Platagidorus plurumam
Salutem dicit«:
»Tecum oro et quaeso, qui has tabellas adferet
Tibi, ut ei detur quam istic emi virginem,
Quod te praesente isti egi teque interprete
Et aurum et vestem. iam scis ut convenerit
Argentum des lenoni [et] huic des virginem.«

Nun fragt Luco (v. 437): Ubi ipsust? quor non venit? und berichtet Curculio über die Schicksale des miles Th. Pl. Nachdem sich durch diese Mittheilung Luco davon überzeugt hat, dass Curculio wirklich von dem miles Th. Pl. abgesendet ist, bemerkt er (v. 452):

Credo hercle te esse ab illo

und erklärt sich bereit, der Anweisung zu folgen (v. 453/4):

Nil moror.
Sequere hac: te apsolvam qua advenisti gratia.

Der leno Cappadox tritt auf. Luco sagt ihm (v. 458):

Argentum accipias, cum illo mittas virginem.

---

[1] Dies also ist das Siegel.

In Act IV. 2 wird von Luco das Geld ausgezahlt, Luco ersucht den Curculio, an dessen patronus (den miles) beste Empfehlung auszurichten (v. 524).

In Act. V erscheint der miles (Th. Pl.) bei Luco und begehrt Rückzahlung der 30 minae »quas ego apud te deposui« (V. 3, 4 [v. 535, 536]). Luco beruft sich darauf, dass er dieselbe bereits an den Freigelassenen des miles, Summanus, zurückgezahlt habe. Dies bestreitet der miles, bemerkt aber, er hätte allerdings niemals auf Rückzahlung (von dem spitzbübischen Bankier) gerechnet (v. 541, 542):

Idem ego istuc quom credebam[1] credidi
Te nihil esse redditurum.

Luco entgegnet (v. 549, 550), er habe nur den Auftrag des miles respektirt:

quod mandasti, feci honoris gratia:
Tuum qui signum ad me attulisset nuntiumne spernerem.

Der miles wirft ihm seine Leichtgläubigkeit vor (v. 551):

Stultior stulto fuisti, qui his tabellis crederes.

Luco entgegnet (v. 552, 553):

Quis respublica et privata geritur, non is crederem? — tibi res solutast recte.

Es erhellt nun, dass der miles allerdings um sein Geld bezw. um das Mädchen geprellt ist, indem Curculio, der angebliche Freigelassene des miles, den Brief gefälscht und mit dem entwendeten Siegelring des miles verschlossen hatte (II. 3, 81 ff. [v. 360 ff.]). Da aber doch zwischen dem miles und Luco wirklich verabredet war, das Geld solle an den Ueberbringer eines mit dem Siegel des Luco verschlossenen Briefes ausgezahlt werden, so behauptet Luco, richtig an Curculio und damit an den miles (tibi res solutast recte) gezahlt zu haben und der geprellte miles erhebt schliesslich keinen weiteren Widerspruch.

Zu beachten ist, dass Luco dem Curculio trotz Vorlegung des Briefes nicht ohne Weiteres zahlt, sondern erst nachdem

[1] Also das hier vorliegende depositum (irregulare) wird als »credere« bezeichnet. Das Folgende ist ein Wortwitz aus der Doppelbedeutung von credere = »anvertrauen« und = »glauben«.

Curculio plausible Gründe dafür vorgebracht hatte, weshalb des miles nicht selbst komme und dass er Bote desselben sei. Andererseits ist, nach Plautus' Darstellung, an Curculio gültig gezahlt, und es würde das auch vom miles nie bezweifelt worden sein, falls Curculio wirklich rechtmässiger Briefinhaber gewesen wäre. Ob nun wirklich in einem derartigen Fall, trotz der voraufgehenden Vereinbarung, die Zahlung an den Producenten einer gefälschten Inhaberanweisung Liberation nach römischem (griechischem) Recht bewirkt hätte, mag zweifelhaft sein, interessirt uns aber hier nicht. So viel erhellt mit Sicherheit: Die (echte) auf Inhaber lautende Zahlungsanweisung legitimirt den blossen Briefinhaber zur Empfangnahme der Zahlung, mindestens in dem Sinne, dass die bona fide geleistete Zahlung des Assignaten gegenüber dem Assignanten als giltige Zahlung gilt. Da aber im vorliegenden Falle der Assignat (Luco) sich bei dem blossen Inhaberbrief nicht beruhigt, sondern weitere Legitimation des Präsentanten (Curculio) begehrt und erlangt, so ist wahrscheinlich diese Inhaberanweisung nur ein unvollkommenes Inhaberpapier in dem oben (S. 171) entwickelten Sinne: Luco durfte ohne weitere Prüfung gültig an den Inhaber zahlen, aber auch weiteren Rechtsausweis begehren. Entscheidend ist endlich nicht die in den Wachstäfelchen ohnehin schwer erkennbare Handschrift, sondern das Siegel des miles. —

Natürlich konnte das gleiche Ergebniss auch durch vereinbarte Vorzeigung nur eines Siegelringes erzielt werden, indem mündlich oder schriftlich ausgemacht wird, es solle an den Vorzeiger eines gewissen Siegelringes gezahlt werden. Von diesem Falle, wo also der blosse Siegelring als Inhaberanweisung fungirt, spricht Plautus in den einer Komödie des Menander nachgebildeten Bacchides. Auch hier und noch klarer als im Curculio handelt es sich also um hellenische Sitte.

Nach der Erzählung des Chrusalus ist von dem Sohne des Nicobulus, Namens Mnesilochus, Geld des Nicobulus in Ephesus bei Theotimus, Priester der Ephesischen Diana deponirt, und zwar, nach bekannter griechischer Sitte, im Tempel: ibidem puplicitus seruant (II. 3, 72 ff. [v. 306 ff.]); ist weiter mit Theotimus verabredet, er solle das Geld demjenigen zurück-

geben, welcher ihm den Ring des Mnesilochus vorzeigt (II. 3, 95 ff. [v. 329, 330]):

> Quia id signumst cum Theotimo, qui eum (sc. anulum) illi adferet,
> Ei aurum ut reddat.

An einer andern Stelle II. 3, 29 ff. (v. 263 ff.) ist von einem »sumbulum« ohne nähere Bezeichnung die Rede, mittelst dessen sich der Sohn des Nicobulus bei dessen Schuldner Archidemides in Ephesus legitimiren solle; der letztere leugnete aber die Echtheit des »sumbulum«.

> Ni. Quid ubi ci ostendit sumbulum?
> Ch. Infit dicere
> Adulterinum, non verum esse sumbulum. —.—

Wie der Siegelring, konnte auch ein anderes Erkennungszeichen laut Vereinbarung zur Erhebung deponirter oder kreditirter Gelder legitimiren.

Ein solches *σύμβολον* ist vielleicht (?) die goldene Schale des Grosskönigs bei Lysias *ὑπὲρ Ἀριστοφάνους χρημάτων* 19, 25 (p. 154)[1]. Auf diese Schale will nämlich deren Empfänger Demos von Aristophanes Geld leihen, weil der Nehmer der Schale auf diese, neben sonstigen Vortheilen, auch Geld genug auf dem ganzen Festland erhalten werde[2], doch lässt sich A. auf das Geschäft nicht ein.

9.

Unter den siebenbürgischen Darlehensurkunden befindet sich ein offenbar nach hellenischer Sitte formulirtes chirographum[3] vom Jahre 162 n. Chr. (Bruns-Mommsen, fontes[5] p. 267), inhalts dessen Alexander Cari(cci) bekennt, von Julius Alexander 60 Denare empfangen zu haben und deren Rückzahlung nach Kündigung verspricht. Desgleichen

---

[1] S. über die vielerörterte Stelle Hermann-Blümner, Griech. Privatalterthümer S. 454 Not. 2. Dass hier nicht von einem »Wechsel« die Rede sein kann, leuchtet ein.

[2] *ὅτι ἔλαβε σύμβολον παρὰ βασιλέως τοῦ μεγάλου φιάλην χρυσῆν — πολλῶν γὰρ ἀγαθῶν καὶ ἄλλων καὶ χρημάτων εὐπορήσειν διὰ τὸ σύμβολον ἐν πάσῃ τῇ ἠπείρῳ.*

[3] S. auch Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn (1882) S. 97.

verspricht er stipulationsweise vom Tage der Ausstellung ab monatlich 1 % Zinsen:

dari Iulio Alexandro e. a. q. e. r. p.

d. h. eive ad quem ea res pertinebit[1].

Die Unbestimmtheit dieser Klausel lässt die Möglichkeit zu, an eine Order- oder gar eine Inhaber-Klausel zu denken. Die Klausel »is ad quem ea res pertinet« begegnet vielfach und in sehr verschiedener Bedeutung. Die Legalerklärung in l. 70 D. de V. S. (50, 16):

> Verba haec »is ad quem ea res pertinet« sic intelliguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur[2]

trifft nicht immer zu. Der Satz des Paulus in l. 126 § 2 D. de V. O. (45, 1):

> plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: nunquam personam, nisi expressa sit

gilt so allgemein nur für die römische Konventionalstipulation. Schon die cautio de rato mit der Klausel »— heredemve eius eumve ad quem ea res pertinebit«, bezw. mit der weiteren Klausel »si ille in integrum restitutus fuerit heresue eius aut is ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit«[3] wird freier behandelt: l. 3 pr. l. 22 § 7 D. rat. rem. hab. (46, 8), vgl. auch l. 33 § 3 mit l. 39 §§ 1, 2 D. de proc. (3, 3). Desgleichen die Ediktklausel »ei ad quem ea res pertinet« in l. 9 pr. § 3 D. de bon. auct. iud. (42, 5); die Satisdationsklausel des arrogator »ad quos ea res pertinet« in l. 19 D. de adopt. (1, 7); die Ediktklausel für das ius iurandum »neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet« in l. 7, 8 D. de iureiur. (12, 2); die (interpolirte?)[4] Klausel eius ad quem ea res pertinet im interdictum quod legatorum: l. 1 §§ 11, 14, 15, vgl. l. 1 §§ 3,

---

[1] Die Klausel fehlt in der sonst ähnlichen Urkunde l. 135 pr. § 1 D. de V. O. (45, 1), findet sich dagegen in l. 46 D. (lecta) D. d. R. C. (12, 1) von Paulus: Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit.

[2] Vgl. l. 53 § 1 D. de O. et A. (44, 7). l. 1 § 1. l. 19 § 5. l. 31 § 21 D. de aed. ed. (21, 1), auch (?) l. 3 § ult. D. de contr. tut. (27, 4).

[3] Lenel, edictum S. 423.

[4] Lenel, edictum S. 362; Lenel, Palingenesia II col. 801, 802.

10 »ceteros successores« § 13: »sive per universitatem sive in rem sit successum« D. quod leg. (43, 3).

Immerhin lässt sich aus dieser Klausel kein sicheres Ergebniss gewinnen und die allgemeinen Prinzipien des römischen Obligationenrechts stehen der Erstreckung der Verbindlichkeit gegen nichtgenannte Dritte entgegen. Aber wie durch diese Prinzipien sicher nicht die Statthaftigkeit der unvollkommenen Order- und Inhaber-Klausel ausgeschlossen wird, so zeigt das in den Rechtsquellen freilich nicht behandelte, aber im Verkehrsleben häufige Institut der Auslobung, dass nicht schlechthin an der Unbestimmtheit des Gläubigers Anstoss genommen wurde. Denn überall wird die Belohnung dem (unbestimmten) Finder u. dgl. zugesagt: »si quis eum reddere aut commostrare voluerit, accipiet n. M.«, »dixit daturum se denar. M ei qui ad se servum perduxisset« bis herab bis zu dem berühmten Hundehalsband »cum revocaveris me domino meo Zonino, accipis solidum« [1].

Ist so das Schweigen der Rechtsquellen, bei deren arger Lückenhaftigkeit und Verstümmelung, kein entscheidender Beweis gegen das Vorkommen der für den hellenistischen Quellenkreis sicheren Zusagen an Order oder an Inhaber, so ist doch andererseits möglich, dass, wie aus leicht begreiflichen Gründen die Executivklausel in Wegfall kam, so auch die hellenistischen Ansätze zu Schuldurkunden auf Inhaber und an Order mit der vollen Ausbildung der Cession und Delegation, welche das praktische Bedürfniss sicher befriedigt haben, verkümmert sind. Um so eher, als Cession wie Einkassirungsvollmacht in dem überwiegend urkundlichen Rechtsverkehr der späteren Zeit sich durch formlose Hingabe der Schuldurkunde [2] vollziehen konnten, die Delegation aber, wie sich sogleich zeigen wird, indirekte Zuweisungen in umfassendem Maasse ermöglichte.

10.

Unbedenklich nämlich in Gebrauch ist die Orderanweisung. Denn das Mandat (iussus, delegatio [3]), mittelst dessen

[1] Tzschirner, de indole promiss. popul. (Berol. 1869) p. 25 ff., auch Bruns-Mommsen, fontes⁵ p. 273. 274.

[2] l. 44 § 5 D. de leg. I (30). l. 59 D. de leg. III (32) u. a. m. Meine Schrift: Studien zum Besitzrecht (Festgabe für R. v. Gneist. 1888. S. 70).

[3] Ueber iussus und mandatum s. insbes. Brinz, Pandekten II² S. 375 Not. 31 S. 222.

sowohl die Kreditanweisung wie die Zahlungsanweisung bewirkt wurde, ist eine überaus freie, ganz den Interessen des grossen Verkehrs gemäss ausgebildete Rechtsform.

Der sichere Beweis dafür liegt in einer sehr wichtigen, zwar viel besprochenen, aber, soviel ich sehe, nur von Gide richtig interpretirten, in ihrem Zusammenhang mit der hier interessirenden Lehre nirgends gewürdigten Pandektenstelle, der l. 11 D. de novat. et deleg. (46, 2). Es ist sehr auffallend, dass sogar Thöl, der bei seiner durchaus romanistischen Auffassung der Orderklausel ausreichenden Anlass gehabt hätte, unsere Stelle der näheren Prüfung zu unterziehen, auf dieselbe zwar eingeht (Handelsrecht I^6 § 333 Note 4 und dazu den Text), aber den entscheidenden Punkt ignorirt.

Ulpianus libro 27 ad Ed.

> Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem.

Basil. XXVI 4, 11: *Ὁ χρεώστης εἰς τόπον αὐτοῦ δίδωσιν ὑπεύθυνον τῷ δανειστῇ ἢ ᾧτινι ἐπιτρέψει, ἢ διὰ ἐπερωτήσεως ἢ διὰ προκατάρξεως.*

Dass in dieser Legaldefinition für die klassische Zeit das wichtige »vel per expensilationem« fehlt[1], desgleichen, dass dieselbe insofern zu enge ist, als die Delegation keineswegs nothwendig ein Schuldverhältniss zwischen Delegant und Delegatar voraussetzt[2], hat man schon wiederholt mit Recht hervorgehoben.

Desgleichen ist ungenau der Satz »fit autem delegatio u. s. f.«, da durch stipulatio oder litiscontestatio nicht die Anweisung »geschieht« (fit), sondern vollzogen wird. Es wird, was allerdings auch sonst begegnet, der Ausdruck delegatio auf das ganze, aus Anweisung und Vollziehung der Anweisung (durch promittere) zusammengesetzte Rechtsgeschäft bezogen[3].

»Delegare aliquem« heisst, jemand zu einer Leistung an-

---

[1] v. Salpius, Novation und Delegation S. 78 ff.; Gradenwitz, in der Zeitschr. f. Handelsr., N. F. VII S. 297, 298.

[2] Thöl, Handelsrecht I^6 § 333 Not. 4; Brinz, Pandecten II^2 S. 379 Not. 43.

[3] Richtiger Seneca de benef. VI 5 § 2: delegatione et verbis perficitur solutio. S. auch Brinz a. a. O. S. 375.

weisen, synonym mit mandare, iubere, nur spezialisirt durch die nothwendige Beziehung auf den Leistungsdestinatär (alicui, d. h. creditori sive alio cuilibet)[1].

Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. l. 17 D. h. t. (46, 2): delegare scriptura — debitorem suum quis potest[2].

Hat nun — um bei den Voraussetzungen der l. 11 stehen zu bleiben — Maevius von Titius 1000 zu fordern, so geschieht die Kreditanweisung (iussus oder mandatum promittendi) und analog die Zahlungsanweisung (iussus oder mandatum solvendi) dadurch, dass Titius den Sempronius mündlich oder schriftlich ersucht (anweist), er möge die 1000 dem »Maevius vel cui iusserit« zu zahlen versprechen (zahlen) — oder so, dass Titius den Maevius ersucht (anweist), er möge »sich vel cui iusserit« die 1000 von Sempronius versprechen (zahlen) lassen. Die schriftliche Anweisung in der üblichen Briefform (epistola)[3] enthält also die Orderklausel:

Maevio vel cui iusserit (sc. Maevius) promitti (dari),

etwa in der Form:

Titius Sempronio salutem.

Peto et mando tibi (quaeso etc.), ut M (quae Maevio debeo) Maevio vel cui iusserit (Maevius) dari promittas (des),

ganz wie in der amorginischen Schuldurkunde **a** (oben S. 182) die Gemeinde Arkesine zu zahlen verspricht: *Πραξικλεῖ ἢ ὧι ἂν κελεύηι Πραξικλῆς.*

Selbstverständlich ist durch die blosse Anweisung die Zuwendung der 1000 an Maevius noch nicht vollzogen, daher Titius (Delegant, Assignant) von seiner (etwaigen) Schuld gegen Maevius (Delegatar, Assignatar) noch nicht liberirt. Diese Rechtswirkung tritt aber ein, sobald Maevius oder

---

[1] S. auch Gradenwitz a. a. O. und Wölfflin eod. IX S. 8 ff.

[2] S. auch Mühlenbruch, Cession[3] § 4 Not. 64; Keller, Litiscontestation und Urtheil S. 90 Not. 5, 6.

[3] Beläge bei Gneist, Formelle Verträge S. 336—338; die Definition, dass epistola ein »Schuldschein« in der Form eines Briefes sei, ist freilich viel zu enge. So enthalten z. B., wie Gneist selbst hervorhebt, l. 59 § 5 und l. 62 § 1 D. mand. (17, 1) ein Kreditmandat, l. 60 § 4 eod. eine Vollmacht in Briefform. S. auch Bruns, Unterschriften S. 111 ff. (Kleinere Schriften II, S. 97 ff.).

dessen Order (Delegatar, weiterer Assignatar, Indossatar, etwa Seius):

a) von Sempronius (Delegaten, Assignaten) periculo suo[1] die 1000 stipulirt, oder
b) mit Sempronius deswegen litem contestirt, oder
c) von Sempronius die 1000 (direkt oder indirekt) gezahlt empfängt.

Wenn Seius die Order des Maevius stipulirt, so würde dies in der Form geschehen:

Seius: M quae Titius Maevio debet, dare mihi spondes? (mihi dabis etc.)

Sempronius: Spondeo (dabo etc.).

Im Falle c ist die beabsichtigte Zuwendung definitiv realisirt. In den Fällen a und b ist Sempronius dem Maevius (oder dessen Order Seius) unmittelbar obligirt, wie ein Wechselacceptant, und kann daher prinzipiell gegen Maevius (Seius) nicht aus den Valuta- oder Deckungsverhältnissen excipiren:

> quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor (Maevius bezw. Seius) potest, quid inter eum qui delegatus est (Sempronius) et debitorem (Titium) actum est, aut etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris[2].

Durch Realisirung der Anweisung wird eine doppelte Vermögenszuwendung bewirkt, des Deleganten an den Delegatar und des Delegaten an den Deleganten: l. 180 D. de R. J. (50, 17). l. 56, 64 D. de solut. (46, 3). l. 13 § 12 D. de don. int. vir. et ux. (24, 1). l. 2 § 2 D. de donat. (39, 5) u. a. m.[3].

Durch Hinzufügung der Orderklausel erhöht sich die Zahl der Vermögenszuwendungen, indem nun der Delegatar (Maevius) seiner Order (dem weiteren Delegatar, Seius) eine

---

[1] S. unten S. 206.

[2] l. 19 D. de novat. (46, 2); Thöl, Handelsrecht I[6] S. 336; Schlesinger, Die Unanfechtbarkeit der Delegationsstipulation S. 8 ff.; v. Salpius a. a. O. S. 119 ff.; Brinz II[2] S. 380 ff.; Windscheid, Pandekten [auch 8. Aufl.] II[6] § 355 Not. 6 ff.

[3] v. Salpius a. a. O. S. 43 ff.; Lotmar, Causa S. 99 ff., 115 ff.; Windscheid [auch 8. Aufl.] II, § 353 Not. 9, § 412.

Leistung zuwendet; es ist möglich, dass die Order (Seius) einen weiteren Leistungsempfänger bezeichnet u. s. f.

Das Quellenmaterial ist zwar nicht überall vollkommen deutlich, aber doch ausreichend:

l. 9 D. de cond. c. d. (12, 4): Jemand will einer Frau schenken und verspricht auf deren Weisung (iussu eius) an deren Bräutigam.

l. 36 D. de iure dot. (23, 3): Der Schuldner einer Ehefrau verspricht iussu eius dem Ehemann derselben.

l. 5 § 3 D. de donat. int. vir. et ux. (24, 1): si debitor viri iussu mariti uxori promiserit. Vgl. l. 2 §§ 1—4 D. de donat. (39, 5). l. 7 pr. § 1 D. de doli m. exc. (44, 4). l. 33 D. de novat. (46, 2). l. 64, 66, 108 D. de solut. (46, 3).

Näher Gaius l. 31 § 3 D. de m. c. donat (39, 6):

Si iusseris — mortis causa (mihi daturus?) debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem —. Wie nun, wenn der debitor zahlungsunfähig ist? Habe ich stipulirt, so bin ich bezahlt, soweit der Schuldner zahlungsfähig war; hat mein Gläubiger (meine Order) stipulirt, so: tantam videri pecuniam me accepisse, in quantum a creditore meo liberatus sum.

Iulian. l. 18 § 1 D. eod.:

> Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnino capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor soluendo fuerit —.

Marcian l. 49 D. de solut. (46, 3):

> — sed si iussu eius (creditoris) alii solvatur vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat —

Papinian l. 96 pr. D. eod.:

> Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contingit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur.

Julian (Ulpian) l. 9 § 8 D. de R. C. (12, 1):

> — cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio (z. B. dem Bankier) poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro —

vgl. l. 15, 30 eod. l. 34 D. mandat. (17, 1). l. 19 § 5 D. ad S. C. Vellej. (16, 1).

Zwei gleichzeitige Deleganten (pater et filius): ei promittendum fuit, cui uterque iusserit. l. 2 § 1 D. sol. matr. (24, 3). —

In der Regel wird von den Interpreten auf die Klausel »vel cui iusserit« in l. 11 D. de novat. nicht näher eingegangen, oder dieselbe wird gründlich missverstanden. Thöl I[5] § 333 übersetzt die Klausel »vel cui iusserit« dahin, dass der Delegant demjenigen, der sein Gläubiger ist, »oder werden soll«, statt seiner einen neuen Schuldner stellt. Ob mit den hervorgehobenen Worten die Order (der weitere Delegatar) bezeichnet werden soll, ist nicht ersichtlich.

v. Salpius S. 87 vertheidigt die in unserer Stelle gegebene Definition der delegatio und bemerkt sodann: Die Worte: »vel cui iusserit« werden gewöhnlich (?) bezogen auf den komplizirten Fall einer gleichzeitig ausgeführten doppelten Delegation, von dem Deleganten an den creditor, von diesem an einen Dritten, so dass ergänzt wird, cui »creditor« iusserit, nämlich reum dari. Eine viel näher liegende Beziehung gewinnen die Worte aber, wenn man ergänzt cui (non creditori) delegans iusserit promitti. Der Fall wird so gedacht, dass der Delegatar nicht Gläubiger des Deleganten ist, der Delegant also fremden Kredit statt seines eigenen giebt. — Diese Auslegung findet sich auch bei Aelteren, insbesondere Duaren. Sie ist aber unmöglich. Denn in unserer Stelle ist der Delegant stets Schuldner des Delegatars, nur darf der Delegatar sich einen anderen (weiteren) Delegatar substituiren. Natürlich erfolgt nicht gleichzeitige Doppeldelegation, noch weniger Ausführung zweier Delegationen. Vielmehr hat der Delegant (Titius) es in das Belieben des Delegatars (Maevius) gestellt, ob derselbe vom Delegaten (Sempronius) die Zahlung der 1000 sich (Maevio) oder einem andern statt seiner (einem beliebigen, etwa dem Seius oder dem Publius oder wem er sonst will) versprechen lassen will; vollzogen (ausgeführt) wird die Delegation (das angenommene mandatum promittendi) dadurch, dass Sempronius Zahlung verspricht, dem Maevius oder, falls dieser es verlangt, einem andern (dem Seius oder Publius oder —).

Salkowski, Novation S. 121, Not. 44, ergänzt richtig

creditor, meint aber, A (Titius) weise den B (Sempronius) an, dem C (Maevius) zu promittiren, was D (Seius), Gläubiger des A, dem C schuldet. Eine solche Anweisung ist zwar möglich, aber in unserer Stelle nicht enthalten. Es ist nicht nothwendig, dass dem C promittirt wird, sondern es kann auf Verlangen des C direkt dem D promittirt werden, und es ist nicht nothwendig, dass D Schuldner des C, noch dass D Gläubiger des A ist. Von alledem enthält unsere Stelle nichts.

Ganz wunderlich übersetzt unsere Stelle C. Danz, Die Forderungsüberweisung — mit anscheinender Zustimmung Dernburg's, Pandekten [auch 5. Aufl.] II § 59 Note 7: »Eine Delegation liegt vor, wenn ein Schuldner an seiner Stelle seinen Gläubigern einen andern Schuldner gibt oder wenn ein Gläubiger an seiner Statt seinem Schuldner einen anderen Gläubiger gibt.« Das vel cui iusserit heisse so viel wie »vel debitori« und es sei zu lesen: vel (reum dare ei debitori) quem (delegans) iusserit. Mir scheint hier Missverständniss auf Missverständniss gehäuft und durch willkürliche Hineintragung des zweiten Falles der Delegation (Delegation seitens des Gläubigers) der Sinn der Stelle völlig verdunkelt.

Das Richtige meint vielleicht Gradenwitz a. a. O. S. 298: »Man kann nicht bloss dem Gläubiger einen Mann stellen, sondern ebenso einen Vierten, an den der Gläubiger den Mann weist« — aber es scheint doch das Missverständniss unterzulaufen, dass von vornherein die Person des »Vierten« bestimmt sein müsse, womit die so werthvolle Orderklausel nahezu allen praktischen Werth für den Delegatar einbüssen würde.

Auf Gide, études sur la novation (Paris 1879) komme ich sogleich zurück.

11.

Die vorstehenden Ausführungen dürften ergeben haben, dass das hellenische Recht, sicher das spätere, die Schuldverschreibung an Order oder an Inhaber, wenigstens mit alternativer Order- oder Inhaber-Klausel kannte.

Aus Plautus erhellt, dass im zweiten Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung, anscheinend auch im römischen Geschäftsleben, die briefliche Anweisung mit der einfachen In-

haberklausel vorkam, aber anscheinend nur als unvollkommenes Inhaberpapier.

Für die Schuldverschreibung mit Inhaber- oder Order-Klausel findet sich in römischen Quellen kein sicherer Anhalt; ganz sicher dagegen ist die (mündliche oder schriftliche) Anweisung mit der Orderklausel.

Es ist ferner nicht abzusehen, warum nicht die »Order« (Seius) weitere »Order« ertheilen könnte, sowohl zum Zahlen wie zum Promittiren, es ist also eine Kette von Ueberweisungen denkbar, wie mittelst des heutigen (indossirten) Orderwechsels und im heutigen wie mittelalterlichen Scontroverband. Dies bemerkt auch zutreffend Gide a. a. O. p. 439 ff., indem er l. 11 de novat. richtig von der successiven Delegation versteht und die Bedeutung der Delegation für den römischen Kreditverkehr richtig würdigt. Um so auffallender ist dann freilich, dass Gide, nach Schilderung der heutigen Orderklausel p. 437, 438 bemerkt: »une clause bien simple en apparence, mais que tout le génie des jurisconsultes romains n'avait pas su inventer«!

Es versteht sich von selbst, dass die komplizirten Kreditoperationen, im Alterthum vielleicht noch mehr als in der Gegenwart, sich vorzugsweise mittelst des hoch ausgebildeten Bankwesens vollzogen. Der Ueberweisungsverkehr wird sich vorzugsweise gegenüber oder gar zwischen Bankiers bewegt haben. Jeder anständige, nicht völlig unbemittelte Grieche und Römer hatte so gut seinen Bankier wie der heutige Engländer; durch ihn zahlte er und kassirte er ein, ihm überwies er seine ausstehenden Forderungen und Schulden u. s. f.[1]. In den Händen bezw. Büchern der Bankiers koncentrirte sich so die Masse der ausstehenden Geschäftsforderungen, und da sie selbstverständlich untereinander in fortlaufenden Geschäftsbeziehungen standen, so müssen sie auch ihre Konten durch regelmässige Abrechnungen ausgeglichen haben.

Ist so der Delegatar (Maevius) Bankier, so lässt er selbstverständlich das Zahlungsversprechen bezw. die Zahlung durch den Delegaten (Sempronius) an denjenigen leisten, welchem

[1] Was M. Voigt, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer (1887) S. 13—15 das »Ordergeschäft« nennt, ohne die Orderklausel zu erwähnen.

er eine Zahlung zuweisen will: an einen Kunden, welchem er zahlen, kreditiren will, an den Bankier dieses Kunden u. s. f. Das Zahlungsversprechen bezw. die Zahlung wird natürlich nur einmal geleistet; dass etwa der Delegat (Sempronius) »an Order« promittirt, ist nach Obigem wenig wahrscheinlich.

Setzen wir an Stelle der promissio (Stipulation bezw. Stipulationsurkunde: cautio) nach klassischem Recht die expensilatio, so wird der Delegatar (Maevius), welcher mit dem Delegaten (Sempronius) in Geschäftsverbindung steht, die 1000 entweder sich oder seiner Order (Seius — vielleicht der weiteren Order des Seius) transscribiren lassen: a persona in personam, und es können auf weitere Order des nunmehrigen Buchgläubigers (Seius etc.) weitere Uebertragungen in den Bankbüchern erfolgen: Gaius III, 130.

Durch die promissio an oder die transscriptio auf (Maevius bezw.) Seius wird Sempronius diesem obligirt: verbis oder literis. Wird der Delegant (Titius) dadurch gegenüber dem Delagatar Maeviūs (falls er dessen Schuldner ist), bezw. wird der Delegatar (Maevius) dadurch gegen seine Order Seius (falls er dessen Schuldner ist) liberirt? Entscheidend ist, ob Maevius bezw. Seius suo periculo[1] die Zusage (promissio, transscriptio) des Sempronius entgegennimmt, oder ob dies nicht der Fall ist.

Paulus. l. 26 § 2 D. mand. (17, 1):

> quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.

Vgl. Paulus. l. 22 § 2 eod.:

> cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat.

Vollzieht sich die promissio bezw. transscriptio auf Gefahr des Delegatars, so besteht die Möglichkeit der Scontration, welche bekanntlich seit den mittelalterlichen Wechselmessen in immer steigendem Maasse zur Ausgleichung der Schulden des grossen Geschäftsverkehrs dient. Denn ihr einfacher Grund-

[1] Ob das »suo periculo« im Zweifel subintelligirt wurde, insofern also die promissio des Delegaten als Baarleistung des Deleganten galt, ist freilich zweifelhaft, und es dürfte diese reine Auslegungsfrage von den klassischen Juristen selbst verschieden beantwortet worden sein — im Bankverkehr wahrscheinlich bejahend. Ueber die Streitfrage s. Windscheid, Pandekten II[6] [auch 7. bezw. 8. Aufl.] § 412 Not. 17, § 500 Not. 9 und Cit.

gedanke ist, dass unter den Mitgliedern des Scontroverbandes — und in einem solchen können sehr wohl römische wie griechische Bankiers gestanden haben, man denke nur an deren Organisation in Konstantinopel noch zur Zeit Justinians: Nov. 136. Ed. Justin. VII. IX. — jedes gleich gut ist, sich daher die Ueberweisung jedes anderen Mitgliedes dieses Verbandes als Schuldner gefallen lassen muss[1]. —

Endlich ist zu erwägen, dass zwar ein formlos statthaftes constitutum zur Vollziehung der Delegation nicht genügte[2], dass aber im späteren römischen Recht die promissio (das Stipulationsversprechen) überwiegend urkundlich mit beigefügter Stipulationsklausel geschah und dass sogar der Gegenbeweis unterlassener Stipulation gegen die Stipulationsurkunde (cautio) beschränkt, schliesslich nahezu ausgeschlossen wurde[3]. In dem so überwiegend schriftlichen Geschäftsverkehr schon der klassischen Zeit musste die Orderklausel der Anweisung eine wichtige Rolle spielen.

Ob all dies sich im Bankverkehr nicht noch einfacher vermittelst des receptum argentarii gestaltet hat, lässt sich bei der Lückenhaftigkeit unserer Ueberlieferung nicht feststellen. Dass dieses schneidige Institut nicht mehr zu dem leitenden Gedanken des byzantinischen Wirthschaftslebens passte, ist freilich zuzugeben, und Justinian motivirt denn auch dessen Abschaffung, l. 2 C. de const. pec. (5, 31), in ähnlicher Weise, wie das heutige Wechselinstitut von manchen wenig verständigeren Gegnern bekämpft wird.

Höchst fragmentarisch ist unser Wissen von dem grossen Geschäftsverkehr der klassischen Zeit und nur mühsam vermögen wir aus zufälligen Ueberlieferungen, sowie aus den durch die Kompilatoren arg verstümmelten Juristenschriften, welche ohnehin durch ihre abstrakte Fassung die thatsächliche Unterlage der Geschäftsverhältnisse nur zu häufig verdecken, ein sicheres Bild von dem Verkehrsrecht dieser Blüthezeit zu gewinnen. Nicht einmal so viel ist zu ersehen, ob das spät-

---

[1] Mein System des Handelsrechts im Grundriss[2] (1889) S. 178 [4. Aufl. (1892) S. 219].

[2] S. auch Lenel, Palingenesia iuris civilis II col. 579 Not. 5.

[3] l. 14 C. de contr. stip. (8, 37); Gneist a. a. O. S. 243 ff. Vgl. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde S. 54, 60 ff. und Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte I S. 779 ff., 800 ff., 995 ff., 1101.

griechische Recht mit seinen die Inhaber- bezw. Orderklausel enthaltenden Schuldurkunden, etwa auch mit der Executivklausel[1], mindestens im hellenistischen Osten noch in späterer Zeit als Bestandtheil eines vorwiegend auf altem Handelsgebrauch beruhenden »Vulgarrechts« Geltung bewahrt, vielleicht gar weitere Verbreitung gefunden hat. —

Dem antiken Wechselbrief, dessen Spuren noch mehr verdunkelt sind, muss, wie schon im Eingange bemerkt ist, eine besondere Untersuchung zu Theil werden.

---

[1] Dass solche vorkam, zeigt das pactum de ingredienda possessione: l. 3 C. de pign. (8, 14) von Severus und Antoninus. S. über die Stelle Dernburg, Pfandrecht II S. 327 und Wach, Arrestprocess I S. 57 ff.

7.

URSPRÜNGE DES MÄKLERRECHTS.

INSBESONDERE:

SENSAL.

(1882.)

I.

Bekanntlich hat vor geraumer Zeit Laband den Nachweis versucht, dass die Handelsmäkler in den romanischen Ländern wie in Deutschland ursprünglich nur Urkundspersonen, nämlich mit öffentlichem Glauben versehene Schreiber und Solennitätszeugen gewesen seien, welche dann auch, anfangs wohl per abusum, sich mit der Vorbereitung und der Vermittelung von Handelsgeschäften befasst, endlich dafür ein Monopol erlangt haben[1].

Die auf einen bisher nur wenig benutzten Apparat vorwiegend deutscher Rechtsquellen gestützte, mit Feinheit durchgeführte Hypothese hält indessen, meines Erachtens, der geschichtlichen Untersuchung nicht Stand. Insbesondere ergeben die freilich erst während des letzten Menschenalters in ausreichender Zahl aufgedeckten romanischen Quellen, aus welchen das moderne, auch in Deutschland unter Ueberwindung des vielleicht originären dürftigeren einheimischen Verkehrsinstituts siegreich durchgedrungene, nun wieder im Absterben begriffene Mäklerrecht erwachsen ist, dass in den Mittelmeerländern die Handelsmäkler von vorneherein[2] als vereidigte Beamte der Kaufmannschaft, Städte, vielleicht schon früher der orientalischen Fürsten in einer rechtlich fest geordneten und aus-

[1] Zeitschrift für Deutsches Recht von Beseler, Reyscher und Stobbe Bd. XX S. 1 ff. (1860).

[2] Die Neapolitanische Urkunde von 965 (Regii Neapol. archivi monum. 1847, n. 109 p. 127), welche Pertile, Storia del diritto Ital. IV p. 647 Note 49, als ältestes Zeugniss für die Geschichte des italienischen Mäklerrechts citirt, bezieht sich nicht sowohl auf Geschäftsvermittler, als auf gute Freunde, durch deren Zureden die Streittheile zu einem Vergleich über Grundstücksrechtsverhältnisse gelangt sind: per colloquia »vonorum hominum« venimus in vona convenientiam.

schliessenden Vermittlerstellung auftraten. Ob sie von vorneherein auch die Vertragsurkunden abgefasst haben und ob sie alsbald mit öffentlicher Glaubwürdigkeit versehen waren, lässt sich nicht nachweisen — eher dürfte das Gegentheil wahrscheinlich sein.

Die rechtliche Ordnung des Mäklerwesens ist sehr alt; ihre Anfänge reichen sicherlich in den Beginn der Kreuzzüge zurück.

Von früheren Erwähnungen der Mäkelei und Mäklertaxen für einzelne Gegenstände (z. B. für Pferdehandel, für Heirathsvermittelungen u. a. m.) soll hier abgesehen werden. Aber:

Genua hat bereits 1154 »censarii«, welche festbestellt sind und zur Waarenschätzung verwendet werden (lib. iur. reipubl. Genuensis I Nr. 205).

Eine von den emendatores brevis revidirte Mäklertaxe von Genua, bei schon früherem Bestande von Statut und Korporationsverfassung, datirt von 1204 (lib. iur. reipubl. Gen. I N. 475).

In Venedig bestehen Mäklerordnung und Taxe 1217 (Romanin, storia documentata di Venezia II p. 381)[1]; ausführliche Bestimmungen enthält u. A. das Capitular des Deutschen Hauses daselbst 1268 ff. (s. unten).

Barcelona hat eine Mäklertaxe 1251 und eine ausführliche Mäklerordnung 1271 (Capmany, memorias historicas t. II, appendice de algunas notas p. 72 ff., vgl. t. I parte 2 p. 215).

Ein bereits revidirtes Statut für die Mäklerinnung wird 1275 in Lucca erlassen (Bini, I Lucchesi a Venezia I p. 345 ff.).

Für die Mäkler der Tucher- und Weber-Innung in Siena enthält das Statuto de' lanajuoli von 1298 dist. VI (Statuti Senesi scritti in volgare — per cura di F. L. Polidori) ausführliche Bestimmungen.

In Piacenza ist schon vor 1275 ihr Rechtsverhältniss geordnet (Stat. antiqua mercatorum placentiae, rev. 1321: Nr. 265 ff., 324, 363, 599, 628, 691, 692).

---

[1] Vgl. auch über die Venet. Mäklerinnung: Sagredo, sulle consorterie delle arti edificative in Venezia p. 59; Venezia e le sue lagune vol. I p. 325.

In Florenz enthält Bestimmungen das Statut der Wechslerzunft von 1299 (Pagnini, della decima II p. 135), ausführliche, das mindestens bis 1302 zurückreichende, wiederholt revidirte, 1332 vulgarisirte hochwichtige Statut der arte de' mercatanti di Calimala, insbesondere lib. II c. 1 (bei P. Emiliani-Giudici, storia dei comuni Italiani vol. III p. 171 ff.).

Verona hat seine Mäklerordnung (auch hier Innung und Innungsstatut) im Stat. domus mercatorum von 1319 lib. III c. 63 ff.

Besonders reich ist, wie in allen handelsrechtlichen Materien, das Statutarrecht von Pisa. Neben zahlreichen Vorschriften im breve communis von 1286, insbesondere lib. I c. 163, 164, aus denen wir u. A. ersehen, dass 100 Mäkler bestellt werden — wenig abweichend das revidirte breve communis von 1313 ff., insbesondere lib. I c. 215 (Bonaini, statuti ined. di Pisa I p. 295, III p. 231) — enthalten die Statuten der grossen Kaufmanns- und Gewerbs-Gilden (curia mercatorum, curia maris, ars lanae, welche seit 1305 revidirt sind), sowie die Spezialstatuten der einzelnen Innungen theils sehr ausführliche Vorschriften, theils eigentliche besondere Mäklerordnungen, z. B. breve sensalium zum breve consulum mercatorum bezw. dem breve dei consoli di mercanti, zum breve curiae maris bezw. dem breve dell' ordine del mare u. a. m. (z. B. Bonaini, statuti ined. di Pisa vol. I p. 97, 115, 585, 606). Daran schliessen sich Bestimmungen in den Genuesischen und Pisaner Faktoreistatuten für Pera, kodificirt spätestens 1316 (Promis in Miscellanea di storia Italiana t. XI p. 513 ff., vgl. Lastig, Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts S. 173 ff.); Ċagliari, von 1318 (zuletzt edirt von Bonaini a. a. O. III p. 1083 ff.: cap. 39 ff.: Capitulo de' Sensali) u. A. m., sowie mehr oder weniger eingehende Bestimmungen in den zwischen den italienischen Städten und den Sarazenenfürsten geschlossenen Handelsverträgen (Amari, i diplomi Arabi del R. Archivio fiorentino. M. de Mas Latrie, traités de paix et de commerce et documents divers concernant les relations des Chrétiens avec les Arabes de l'Afrique septentrionale au moyen âge). Die Quellen bereits bis zur Mitte des 14. Jahrhunderts fliessen ungemein reichlich, dagegen die längst bekannten und viel

fach erwähnten italienischen Mäklerordnungen gehören fast alle der späteren Zeit an. —

Die Bezeichnungen der Geschäftsvermittler in den verschiedenen Ländern sind überaus mannigfaltig, und merkwürdiger Weise ist für die meisten und wichtigsten darunter die sprachliche Herleitung äusserst dunkel[1]. Das deutet darauf hin, dass es sich um vielfach übertragene und damit

---

[1] In den germanischen Ländern begegnen insbesondere die Bezeichnungen:

und(t)erkauffel, undercoufer u. dgl. = submercator, Zwischenhändler. So schon in Köln 1260 (Ennen und Eckertz, Urkundenbuch II Nr. 416), Stadtbuch von Augsburg 1276 (Meyer) Art. XXVI, Stadtrecht von München (Auer) Art. 326, 495, 503, in Strassburg, aber auch Prag, Brünn, Wien, Ofen u. s. f. Vgl. auch J. Grimm, Weisthümer I 243, 762, 28; II 151. Einzelnes bei Laband a. a. O. S. 20 ff. und namentlich Schmoller, Die Strassburger Tucher- und Weberzunft S. 366, 419, 429 ff.

Mäkler, makelar u. dgl., das dem hochdeutschen »mecheler« entsprechende niederdeutsche und niederländische Wort, von maken = machen, also der Zustandebringer, Vermittler, Unterhändler. S. Heyne im Deutschen Wörterbuch von J. und W. Grimm h. v. Vgl. Pauli, Lübeckische Zustände im Mittelalter I S. 139; III S. 73 ff. (in Lübeck bereits im Jahre 1300 unter diesem Namen); Hirsch, Handels- und Gewerbsgeschichte Danzigs S. 220; Holtze, Das Berliner Handelsrecht S. 47 (vgl. dazu Zeitschrift für Handelsr. XXVI S. 623); Warnkönig, Flandrische Rechtsgeschichte II Anhang S. 74, 146.

Broker, die von Alters her in England übliche Bezeichnung — in den älteren lateinischen Quellen heissen sie abroctatores, abrocatores, brocatores (z. B. Charta Edw. II für London Nr. 167, Edw. III Nr. 263, Ricardi II Nr. 329 u. a. m.: Liber Albus I p. 143, 152, 158 u. s. f.), broccarii (z. B. Gildestatut von Berwick c. 27 bei Toulmin Smith, English gilds p. 343). So auch in Dieppe 1245 (1253?) (Ducange s. v. abrocator). Vgl. die Ausdrücke abbrocamentum und abrocamentum (achat en gros et vente en detail); aber auch abbocator (abbocamento) bei Ducange. Auf den letzteren, als »Vermittler, Zwischenhändler« schon im 11. Jahrhundert vorkommend, will den abrocator zurückführen: De Fréville (Mémoire sur le commerce maritime de Rouen I p. 162). Zusammenhängend: brocanter, brocanteur; Littré, dictionnaire erklärt den Ursprung für unbekannt, führt aber broc (z. B. de broc en bouche) an, von dem spätlateinischen brocus, broca. Das letztere hat auch Ducange für ager incultus, also »Bruchland«. So auch La Curne de St. Palaye, Dict. histor. de l'ancien langage français h. v. Mir scheint alledem die germanische Wurzel »brech« (brocke, brocken, goth. brikan, brêkun, brukans, althochdeutsch u. a. prochan, angesächsisch brecan, bräc, englisch break — vgl. J. und W. Grimm h. v.) unterzuliegen: der Vertheiler, welcher die Waare des Grosshändlers an die Detailhändler vertheilt, wie unzweideutig in abbrocamentum u. dgl.; jedenfalls näher als etwa die Wurzel »brauch«.

mehr oder weniger umgebildete Ausdrücke der kosmopolitischen Geschäftssprache handelt, deren variirende Formen daher auch schwerlich sich aus den regelmässigen Formen der Sprachbildung erklären lassen. Vielleicht dass unsere Sprachforscher diesen Gesichtspunkt doch zu wenig in's Auge fassen.

Bereits der vielgereiste Balducci Pegolotti führt in dem seiner berühmten, bald nach 1335 geschriebenen Pratica della mercatura voraufgehenden kurzen Vokabularium der im Handelsverkehr gebräuchlichsten Worte, wesentlich erschöpfend für Handelsmäkler folgende Benennungen auf (Della decima III p. XXII): »sensale, curattiere, mezzano«, sämmtlich »in più linguaggi«, endlich »messetto in Vinizianesco«.

In den romanischen Ländern begegnen, neben dem aus den römischen Quellen entlehnten: proxeneta u. dgl. (proseneta, prosoneta, proxoneta, z. B. in Verona, Gaëta, Savona), die ganz allgemeinen Benennungen: mediator, mezanus und namentlich die in Venedig und einzelnen Nachbarstädten, wie Verona, Mantua, Modena, Brescia und Cremona vorzugsweise übliche Bezeichnung misseta(us), auch messeta(us), missita, mexetus u. dgl.[1] augenscheinlich dem byzantinischen μεσίτης entlehnt. Sodann die drei schwierigeren eigenthümlichen Ausdrücke:

maloserius oder marosserius, marossarius u. dgl.: in Oberitalien[2], wie Mailand, Parma, Piacenza.

Mit weiterem Sprachgebiet: corratarius, cor(r)etarius, curritor, cursitor, cursator, cursor[3] u. dgl.

---

[1] Damit hängt zusammen die venetianische Staatsabgabe von den durch Mäkler vermittelten, später von allen Verträgen, die missetaria, messettaria u. dgl. So z. B. Capitolare dei visdomini del fontego dei Todeschi in Venezia (ed. Thomas) cap. 133 ff. und Thomas, Register p. 296; Romanin, storia docum. III p. 87, 356; IV p. 63; VI p. 44; VIII p. 363. Ferro, dizionario del diritto comune e Veneto t. VII p. 175 ff. S. unten S. 128.

[2] »Malosum« schon 1165 in Vercelli (Monum. histor. patr. Chart. II Nr. 1516 col. 996). Ducange hat nur »marosserius«. In Mailänder Statuten (Liber consuet. Mediol. anni 1216 ed. Berlan p. 237, 247) auch: marossarii, malosserii. Marós, marossée (Piemont: marosseur) bezeichnet als noch jetzt in Oberitalien üblich und will von dem Spanischen marozséro (?) ableiten; Cherubini, vocabolorio Milanese-Italiano (1841) vol. III h. v. Vielleicht arabischen Ursprungs?

[3] »Cursatores« schon 1194 im Privileg für Charost (Coutumier général de la France III, 2 p. 1003).

in Marseille (1253), Nizza (1274), Piacenza (vor 1275), Barcelona (1283)[1] — so das spanische corredor (Barcelona 1271), das portugisische corretor, das französische courtier u. dgl.

Endlich: sensalis, das italienische sensale.

In der letzten, ja sehr allgemein gewordenen Bezeichnung findet Laband einen deutlichen Beweis für den von ihm angenommenen Ursprung des Mäklerinstituts.

Ueber die Abstammung und ursprüngliche Bedeutung des Wortes, welches der lateinischen Sprache des Alterthums unzweifelhaft fremd ist, herrscht seit langer Zeit Streit. Ducange, dessen auch neueste Ausgabe von Henschel für die dem Handelsrecht angehörigen Ausdrücke der mittelalterlichen Latinität die bedauerlichsten Lücken aufweist, meinte, dass in einer noch zu erwähnenden Stelle des Synodicon Nicosiense statt sensales »cursales« zu lesen sei; später ist zwar die Richtigkeit des Wortes und dessen Bedeutung »Vermittler« anerkannt, aber ohne etymologische Erklärung. Bei »sensarius« hat Ducange, ursprünglich »qui ad censum, seu

[1] In den Pariser Innungsstatuten des 13. Jahrhunderts (règlements des arts et metiers de Paris) begegnen überall die Ausdrücke corratier, courratier, courra(e)tage u. dgl. Die Weinhandelsstatuten von Gravelingen 1262 haben correctiers und corretiers (Warnkönig, Flandr. Rechtsgeschichte II, 2 Anhang S. 129); das flandrische Privileg der deutschen Kaufleute in Ardenburg 1286 hat rub. VIII—XI: couretage, couretier (eod. Anh. S. 47); sogar in Lübeck schon 1290: corretagium (Lübecker Urkundenbuch I Nr. 568). Vgl. über die Bezeichnungen: Ducange ed. Henschel h. v. Für Frankreich werden aus dem 13. und 14. Jahrhundert erwähnt: cour(r)atier, cour(r)etier, cor(r)etier, cor(r)atier, cur(r)atier, curtier, coulatier, coultier, z. B. La Curne de St. Palaye, dict. historique de l'ancien langage française t. IV h. v., Littré, dictionn. h. v. Dass die Herleitung von »curia« unrichtig ist, versteht sich; zweifelhaft könnte nur sein, ob von currere oder von curare. Für die erste spricht, ausser anderen Gründen, insbesondere auch, dass die eigentlichen Mäkler in Pisa genannt werden: »umhergehende Mäkler«: sensali andare oder che deno andare, im Gegensatz zu den stehenden, nämlich den im Kaufhaus (fundacus) ständig befindlichen, gleichfalls vermittelnden Kaufhausbeamten (fundacarii); den ersteren wird das Umhergehen, das ist das Aufsuchen der Käufer und Verkäufer, sogar zur Pflicht gemacht, z. B. breve dell' arte della lana (1305) c. 63, wie noch im Preuss. A.L.R. II, 8 § 1335! Dass das Wort in Italien entstanden ist, leidet wohl keinen Zweifel; die Herleitung von cura — curato mag sprachlich unbedenklicher erscheinen, aber auch sie ist, wie mein Herr Kollege Tobler anerkennt, nicht ganz befriedigend. Littré vertritt m. A. diese Herleitung, La Curne de St. Palaye mit Ménage, Reynouard u. a. die Herleitung von currere (courre, courir).

sub aliqua praestatione elocat« — jetzt richtig = sensalis. Früher übliche, mitunter noch jetzt[1] vertretene Herleitungen sind von xenialis, welcher Bürger und Gäste vereinigt, also entsprechend dem richtig verstandenen proxeneta; oder von der venetianischen »sensa«, d. h. »ascensa«, der grossen Waarenmesse am Himmelfahrtstage, welche ursprünglich 8, später 14 Tage lang stattfand[2]. Die Herleitung von »censualis« vertreten u. A. Adelung, Diez (s. v. sensal, censal, prov. »cessal«) und Laband. Der Letztere weist, was allerdings von den Sprachforschern übersehen wird, darauf hin, dass censualis nicht allein den Schatz- und Steuerbeamten bezeichnet — aus welcher Bedeutung sich doch schwerlich die Bedeutung »Mäkler« entwickelt haben kann —, sondern in der späteren römischen Rechtssprache auch Schreiber, Urkundenverfasser und Urkundenbewahrer (instrumentarii)[3]; über die ursprüngliche Bedeutung des Wortes Sensal könne sonach kein Zweifel sein (S. 18, 19).

Indessen erhellt nicht, dass auch in dem Neulatein des späteren Mittelalters jemals censualis in der Bedeutung von »Schreiber«, noch weniger, dass es in der Bedeutung von »Mäkler« vorkommt. In c. 29 des Synodicon Nicosiense von 1257 (s. unten) werden vielmehr die »notarii et alii scriptores« scharf von den »mediatores, quos sensales appellant« geschieden, und eine Identificirung beider ist mir in dem ganzen italienischen Quellenkreise nicht begegnet.

Eine ganz andere Herleitung, nämlich von dem arabischen simsâr, findet sich, unter scharfer Zurückweisung anderer Etymologieen, bereits bei Muratori, antiquit. Ital. med. aevi t. VI (ed. Aret. 1775), diss. de origine et etymologia italicarum vocum, Catalogus s. v. sensal (p. 985), und bei einzelnen Neueren, wie Amari, diplomi Arabi p. XXV, vgl. p. 411 — s. auch den Hinweis bei Thomas (Urkunden zur älteren Handels- und Staatsgeschichte von Venedig II p. 488 Note 1).

---

[1] Z. B. Bini, i Lucchesi a Venezia p. 91 ff.

[2] Romanin, storia II p. 111; IV p. 492.

[3] Dass übrigens die den officia angehörigen »scribae« überhaupt zu den Kassen- und Schatzbeamten und insbesondere den Censoren in engeren Beziehungen standen, s. Mommsen, Römisches Staatsrecht I (2. Aufl.) S. 334, 336, 337 [3. Aufl. S. 349, 350, 352, 354]. Daher mag sich der spätere Sprachgebrauch erklären.

Die Etymologie ist ohne Zweifel richtig, aber es fehlt doch bisher an jedem Versuch quellenmässiger Begründung. Diese soll im Folgenden gegeben werden.

Was zunächst das arabische Stammwort betrifft, so verdanke ich der Güte meines Kollegen, Herrn Professor Dr. Sachau, folgende Mittheilung, welche die weitere interessante Thatsache ergibt, dass auch simsâr nur ein persisches Lehnwort ist.

»Das Wort Simsâr findet sich schon bei altarabischen Dichtern und wird von den arabischen Lexikographen für ein Fremdwort erklärt (Gawâlîkîs Mucârrab ed. Sachau, Leipzig 1867, S. 90, 83).

Es wird identificirt mit dem Wort sifsîr, das in etwas verschiedener Bedeutung bei einem altarabischen Dichter aus der Zeit vor Muhammed vorkommt (z. B. von Elasmâî, einem der berühmtesten arabischen Philologen, bei H. Dérenbourg, Dîwân de Nâbigha Dhobjânî S. 252).

Dasselbe Wort kommt vor im babylonischen Talmud in der Form סַפְסָר safsâr = proxeneta; davon abgeleitet ein Abstraktum safsêrûth = licitatio. Eine andere Form desselben Wortes ist wahrscheinlich sarsûr im rabbinischen Sprachgebrauch. S. Buxtorf, lexicon talmudicum etc. 1529, 1555.

Auch das Syrische muss einmal das Wort safsîr gehabt haben, denn es hat ein davon abgeleitetes Verbum safsar in der Bedeutung: handeln, viel reden (Bar Bahlûl); ferner das Abstraktum sufserûthâ = licitatio.

Simsâr geht zurück auf Sifsâr und auf das persische sipsâr, das im Neupersischen in derselben Bedeutung (Mäkler) gebraucht wird. Die semitischen Unterthanen der sasanidischen Grosskönige dürften das Wort im Verkehr mit den Persern sich angeeignet haben, und von diesen — oder auch direkt von den Persern — erhielten es die Araber.

Eine plausible Etymologie von sipsâr ist mir nicht bekannt; wahrscheinlich ist es ein nomen compositum.«

Ob nun das der Vulgärsprache angehörige sensale, latinisirt sensalis, direkt, also unter Vertauschung namentlich des r mit dem l, aus dem »simsâr« hergeleitet sein kann, werden die Philologen besser beurtheilen. Wahrscheinlich ist mir, dass ursprünglich in der italienischen Vulgärsprache sich ein dem »simsâr« näherstehendes Wort einbürgerte, welches dann in den lateinisch abgefassten Notariatsurkunden und Statuten latinisirt wurde.

Es braucht nur beispielsweise auf die Ausdrücke fundacus, fundicus, fontegus, fonticus u. dgl. (Lagerhaus, Kaufhaus) hingewiesen zu werden, welche aus dem Vulgärwort fondaco, fontego u. dgl. umgebildet sind, wie dieses dem arabischen fonduk entstammt, welches seinerseits wieder aus dem griechischen *πάνδοκος*, *πανδοχεῖον* entlehnt ist[1]. Charakteristisch für den Ursprung unseres Wortes aus der Vulgärsprache ist z. B., dass in den Statuten von Gaëta (nach 1391: Alianelli, Delle antiche consuetudini e legge marittime delle provincie Napolitane) das cap. 192 die Ueberschrift trägt: De proxenetis et sansariis, und mit den Worten beginnt: Proxenetae seu sansarii, demnächst aber nur von den »sansarii« spricht, somit von den unter dieser (latinisirten) im Geschäftsverkehr üblichen Bezeichnung vorkommenden Personen, für welche proxenetae oder mediatores die dem solennen Statutarstyl, weil den römischen Quellen entsprechende Benennung bilden. Aehnlich Synod. Nicos. c. 29: »mediatores, quos sensales appellant«.

In den **lateinisch** geschriebenen Statuten und Urkunden begegnen, spätestens seit dem 13. Jahrhundert, die Ausdrücke sensalis, sensalia, sensalaticum.

Das Synodicon Nicosiense, Beschlüsse der Synode von Nicosia auf Cypern, enthält rub. XIX contra usurarios vom Jahre 1257 (Mansi, s. c. c. t. XXVI p. 320): »Similiter et mediatoribus, quos sensales appellant, ne tractarent aut promoverent conventiones contractuum praedictorum —« (sc. vetuismus).

So durchgängig in Pisa: z. B. breve com. Pis. 1286 lib. I c. 60, 152, 163, 164 u. A. m.; breve cons. mercator.

---

[1] S. die Nachweise z. B. bei Heyd, Geschichte des Levantehandels II S. 430 Note 6.

civit. Pis. von 1305 c. 30 ff.: »Sensales, qui sint trametzatores« — also wohl zur Verdeutlichung des entlehnten Wortes. Sassari, Stat. von 1316 lib. I c. 30 (Cod. diplom. Sardin. I p. 522 ff.). Lucca, Stat. der ars sensalium 1275, servitium sensalie 1284 (Bini, i Lucchesi a Venezia p. 345 ff., 91 ff.).

Statt sensalis wird, meist später, auch geschrieben: senzalis: Stat. del com. di Lucca 1308 lib. III c. 107, 121; censalis: Privileg. von Nizza, 15. Jahrh. (Monum. hist. patr. leg. muncip. fol. 227), Stat. von Savona nach 1522 (Pardessus, collect. de lois marit. VI p. 595).

Aber neben »sensalis« kommen auch in denselben Quellen vor: sensarii, und senseria oder sensaria für Mäkler-Amt und Geld: Venet. Statut für Pagum 1341 (Monum. spect. ad histor. Slavorum meridion. II Nr. 180), Stat. von Florenz 1415 lib. IV tract. cons. art. et mercat. rub. 45, 51.

Weiter begegnet censarius[1], und zwar in Genua von Alters her bis auf die späteste Zeit:

1154 (lib. iur. reip. Gen. I Nr. 205), 1204 (eod. I Nr. 475); 1288, 1290 (Privilegien des Königs Leo von Armenien und des Sultans Melech Almansor von Aegypten: eod. II Nr. 64, 96); 1316 (?) Stat. für Pera c. 101; 1326 (?) (Breve bei Canale, nuova istoria di Genova II p. 252); Urkunden von 1410, 1415 (lib. iur. II Nr. 380, 390); 1433: Vertrag zwischen Genua und Tunis c. 34 (de Mas Latrie doc. p. 139); 158⁸/₉ Stat. Genuae lib. VI c. 17; 1610 Gesetz (Genuensis reipubl. leges anni 1576 nebst Addit. app. p. 9); Statut von Savona nach 1522 u. a. m.

Dem entsprechend: censaria = Mäklerlohn (z. B. lib. iur. II Nr. 64); später = Geschäftsstempelsteuer: gabella censarie (z. B. noch Genues. Verordn. v. 1661 u. A. in leges comperarum S. Giorgii p. 133). Vgl. auch Arch. stor. Ital. 1866 p. 112, 113.

Nur sensarius und sensaria begegnet in Consuet. Agrigenti 1319 rub. XVII (v. Brünneck, Siciliens Stadtrechte p. 228).

Sanserius: Venet. Rathsschluss 1446 (Lattes, la libertà delle banche a Venezia p. 63) — sanseria: Venet. In-

[1] Ducange hat die ganz unrichtige Auslegung: qui ad censum seu statione aliqua elocat; Henschel sagt, ohne weitere Erklärung: sensalis.

struktion von 1322 (Romanin, storia doc. di Venezia III doc. 2 p. 377).

Sansarius und sansaria: Venetianischer Vertrag mit Aegypten 1254: precipere debent sansariis (Tafel und Thomas a. a. O. II Nr. 1325); Cabella super pignoribus etc. um 1317 von Messina (Miscellanea di storia Ital. X p. 144 ff.); Stat. von Gaëta nach 1391 c. 192 (Alianelli l. c.).

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, dass in der Geschäftssprache der Mäkler als sensale, censar, sensar, sanser, sansar, d. i. eben als simsâr bezeichnet wurde. —

Dies ergibt sich aber auch aus den in der **Vulgärsprache** auf uns gelangten ältesten Quellen.

Die Ausdrücke sensali, sensalia, senseria, sensaria finden sich z. B. in den Florentiner Ordinamenti agli sponsali, etwa Ende des 13. Jahrhunderts (Emil. Giudici a. a. O. III p. 149); im Stat. dell' arte di Calimala lib. I rub. 27, 71; lib. II c. 1 (eod.); im Statut von Sassari von 1316 lib. I c. 30 (Cod. diplom. Sardin. I p. 522 ff.); in einem sehr wichtigen Erlass des podestà von Lucca 1346 (Bandi Lucchesi del sec. XIV Nr. 181 p. 113), in Luccheser Geschäftsbüchern 1375 (Bini a. a. O. p. 381); in zahlreichen Verträgen italienischer Staaten mit den Sarazenenfürsten: 1397 c. 22, 1445 c. 25, 1488 Zusatzartikel 3, 1489 c. 6, 1496 c. 25 (Amari, dipl. Arabi p. 319, 177, 369, 382, 197); in der italienischen Version der Stat. mercat. von Brescia und Crema 1429/39; »sensali e cozoni«; in den statuti dell' università de' mercatanti di Bologna von 1509 und später, insbesondere rub. 31, 32 u. v. a.

Noch gewichtiger ist folgendes:

Bereits 1207 begegnet der »sensale« in einem von dem turcimanno di Bugia Achmed-Ibn-Tamin an einen Pisaner Kaufmann gerichteten italienischen Schreiben (Amari a. a. O. Nr. 25 S. 75 ff.). Der Florentiner Balducci Pegolotti (bald nach 1335) bezeichnet überall den Mäkler als sensale, die Courtage, wovon er zahlreiche Tarife der verschiedensten europäischen Handelsplätze mittheilt, als senseria oder senseraggio (Della decima III p. 28, 74, 117, 130, 164, 200, 209, 229, 247, 276); der ein Jahrhundert jüngere G. Antonio de Uzzano nennt dieselbe »senseria« (eod. IV p. 147).

In dem Vertrag zwischen Venedig und Aegypten 1442

c. 5 und Zusatz heisst es sanseri, sansaria (Amari a. a. O. p. 350 ff.), eine ägyptische Mäklersteuer heisst 1309: »sciamsera« (eod. p. 483 Note 8).

Am bedeutsamsten endlich für die Herleitung ist der Sprachgebrauch von Siena und Venedig:

Die alten, für die italienische Vulgärsprache so wichtigen Innungsstatuten von Siena (Statuti senesi scritti in volgare ne' secoli XIII e XIV — ed. F. L. Polidori vol. I) brauchen promiscue die Ausdrücke: sensale, sansale, sensaro[1], sensaio (sienischer Dialekt) — für Mäkleramt sensaria (vgl. stat. de' lanaiuoli dist. V c. 6, dist. VI, VIII c. 71, nebst Zusätzen von 1301, 1308, 1286 u. a.: a. a. O. I p. 324, 363, 364, 468, 383).

Die venetianische Amtssprache kennt, wie oben bemerkt, ursprünglich nur den Ausdruck messeta (misseta u. dgl.), aber derselbe wird allmählich von dem augenscheinlich geschäftsüblichen senser, sanser, sanzer, sansar, sansero, sansaro vollständig verdrängt. So steht ursprünglich im Kapitular des Deutschen Kaufhauses (Capitolare dei Visdomini del fontego dei Todeschi ed. Thomas) senser oder sanser, wenn überhaupt, nur in der Ueberschrift der Kapitel, während der Text noch den misseta u. dgl. beibehält, z. B. Parte I cap. 156 von 1366; cap. 214 von 1408 (De sanseriis [missetis]); cap. 228 von 1415/16 im Text: per via di sanzaria over de mezanaria; cap. 251 von 1431 (dei misseti [sanseri] — im Text »sanser over mezan«); später begegnen nur unsere Ausdrücke, z. B. cap. 266 und durchgehends in Parte II bis Ende des 15. Jahrhunderts (Thomas p. 219, 225, 230, 231, 232, 237, 238, 243 ff.). »Sanseri« heissen die Mäkler durchgehends in jüngeren Capitolare dell' officio del fontego, dessen Register Thomas in[1] den Abhandlungen der Königlich bayerischen Akademie der Wissenschaften I. Kl. XIV. Bd. I. Abth. mitgetheilt hat (die Daten gehen von 1400 bis 1641); vgl. auch z. B. venetianisches Gesetz 1466 (?) (bei Mone, Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins Bd. V S. 32); 1572 »sensari«, 1586 »sansari« (Stat. Veneta ed. Griffo 1691 p. 304, 311); »sanser« oder »sanzer« im venetianischen Bankregulativ

---

[1] Als noch jetzt in Siena üblich bezeichnet in Cherubini, Vocabolario Milanese-Italiano (1841) vol. IV p. 190 s. v. »sensale«.

von 1523 und 1526 (Lattes a. a. O. Nr. XXX S. 83, XXXII S. 90) u. A. m.

Im Provencalischen begegnen die Formen: sensal, censal, censau, ceinsáou — censaragi (Mäklerlohn), censaria, censaroti (Honnorat, diction. de provençal-français 1846); eine alte südfranzösische Form »sansal« und »sensal« nennt auch Littré (diction. h. v.).

Auf die Frage, wie sensal aus sensar u. dgl. entstanden sein könne, hat mein Kollege, Herr Professor Tobler, mir freundlichst erwidert: »Die Formen mit r als Grundlage für die mit l anzusehen, hindert nichts; das Suffix —aris, das den Romanen hier vorzuliegen scheinen musste, ist auch sonst bisweilen mit —alis vertauscht, z. B. cinghiale aus singularis, autel aus altare«.

Lässt sich so der orientalische Ursprung des Ausdrucks »Sensal« nicht bezweifeln, so ergibt die weitere Untersuchung den Zusammenhang des Namens mit dem italienisch-orientalischen Verkehr[1]. Dies führt, wovon ein andermal[2], auf den übrigens, wie mir scheint, auch für das Alterthum wie für das germanische Recht nachweisbaren Ursprung aus dem Gasthandel (Fremdenverkehr) und dem damit verbundenen Dolmetscherthum; eine nur potenzirte und für die Ausbildung des Mäklerwesens besonders wichtige Gestaltung des Gasthandels findet sich in den mit dem Zollwesen zusammenhängenden Kauf- und Lagerhaus-Einrichtungen (Grosslagergeschäft), deren genauere Erforschung für Orient wie Occident schon lange als dringend nothwendig bezeichnet ist[3].

---

[1] Darauf hingedeutet habe ich in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht XXIII S. 313, vgl. XX S. 654, XXVI S. 623.

[2] [Vgl. Universalgeschichte des Handelsrechts S. 253 f.]

[3] Mein Handbuch des Handelsrechts I, 2 (1868) § 76 Note 37 [Universalgeschichte des Handelsrechts S. 250 ff., 333 f.]. Schmoller, Die Strassburger Tucher- und Weberzunft S. 430 Note 2.

8.

DIE GESCHÄFTSOPERATIONEN AUF DEN MESSEN DER CHAMPAGNE.

(LES DEVISIONS DES FOIRES DE CHAMPAGNE.)

(1892.)

In meiner Universalgeschichte des Handelsrechts (Handbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., Bd. I Abth. I, 1891) habe ich S. 224 ff. die wirthschaftliche Bedeutung der seit dem 12. Jahrhundert urkundlich nachweisbaren, seit dem Ausgang des 14. Jahrhunderts verkümmerten Messen der Champagne dargelegt.

Sie waren periodische Zusammenkünfte für den Abschluss, theilweise auch für die Erfüllung der damaligen Handels- und sonstigen Verkehrsgeschäfte, insbesondere für Waarenkäufe und für direkte oder indirekte Geldzahlungen. Daher schon im 12. Jahrhundert die Champagner Messplätze (Lagny sur Marne, Bar sur Aube, Provins, Troyes) als europäische Wechseldomicile erscheinen, auf welchen der Eigenwechsel, später auch die Tratte als »Messwechsel« die weiteste Verwendung fand (ebenda S. 226, 227, 411 ff., 417 ff., 437 ff.), wenngleich das schriftliche Wechselgeschäft (d. h. die Geldrimesse nach auswärts) nicht auf ihnen zuerst vorkommt, noch gar das »Wechselrecht« auf ihnen seinen Ursprung genommen hat (ebenda S. 411 ff., 419 ff.).

Für die verschiedenen auf diesen Messen üblichen Geschäftsoperationen bestanden feste, auf altem Herkommen beruhende Zeiträume, über welche insbesondere eine zwar wiederholt, aber theils fehlerhaft mitgetheilte, theils nicht völlig verstandene, in mehrfachen Varianten vorkommende Aufzeichnung nähere Kunde gibt.

Diese Aufzeichnung ist m. W. zuerst in den Mémoires historiques et critiques pour l'histoire de Troyes (von Grosley) t. I, Paris 1774, p. 497, und danach von G. F. v. Martens, Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts (Göttingen 1797) S. 16 Note f, abgedruckt (das sogleich zu erwähnende Manuskript b, bei Grosley bezeichnet als Extrait d'un Manuscrit des premières années de

quatorzième siècle tiré de la bibliothèque de M. de Saint-Palaye). Demnächst, nach zwei Manuskripten der Pariser bibliothèque royale (jetzt nationale) — jetzt Nr. 12,581 und 25,545 (die sogleich zu erwähnenden Manuskripte a und b) — von Frémery, études de droit commercial (Paris 1833) p. 14, 15. Beide Schriftsteller haben den Abdruck mit kurzen, zum Theil ungenauen Erörterungen (Martens S. 15—18, Frémery a. a. O.) verbunden, welche den Angaben von F. A. Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen (Leipzig 1859), S. 36, 37, zu Grunde liegen, während die jüngeren Bearbeiter des Wechselrechts auf die Sache nicht näher eingegangen sind; nur begegnen vereinzelte irrige Angaben (s. unten S. 241 ff.).

Weiter findet sich der Abdruck eines der einschlägigen Manuskripte (b) bei Gheldolf, histoire de la Flandre — par L. A. Warnkönig, traduite de l'Allemand, t. II (Bruxelles 1836) p. 500—503, und eines anderen (des Manuskripts d oder eines sehr ähnlichen, — Paulin Paris scheint nämlich nicht den vollen Wortlaut mitzutheilen) bei Paulin Paris, Les manuscrits français de la bibliothèque du Roi, t. IV (Paris 1841) p. 16.

Genauere Angaben über die Manuskripte der erwähnten Aufzeichnung (es werden genannt 7, davon 5 in Paris, 1 in Provins, 1 in Venedig) gibt zuerst Bourquelot in seinem sehr verdienstlichen und zuverlässigen Werke: Études sur les foires de Champagne (I, II, Paris 1865: Mémoires, présentés . . . à l'académie des inscriptions . . . . ser. II, t. V) I, p. 83 ff., wo zugleich die wichtigsten Bestimmungen abgedruckt und erläutert sind. Endlich hat Konstantin Höhlbaum, Hansisches Urkundenbuch Bd. III (Halle 1882—1886), in den Noten zur Ordonnance Philipp's IV. vom Juli 1344, Nr. 658, auf S. 452 Note 1 eines dieser Manuskripte (d), welches er für das älteste zu halten scheint, mitgetheilt.

Immerhin fehlt es noch jetzt an einer völlig zuverlässigen Textfeststellung, da auch Bourquelot keinen Text vollständig mittheilt, und insbesondere an der genügenden Erläuterung; auch die von Bourquelot gegebene, I p. 85—92, bedarf mehrfacher Berichtigung. Meine in wichtigen Punkten von der herrschenden (?) Meinung abweichende Auffassung, welche ich in meiner Universalgeschichte S. 227, 228 kurz zusammengefasst habe, soll an dieser Stelle näher begründet werden.

Endlich hat der erfahrene und zuverlässige Florentiner Kaufmann F. Balducci Pegolotti das c. 55 seiner zwischen 1335 und 1343 geschriebene Pratica della mercatura (in [Pagnini] Della decima. Lisbona e Lucca 1765—66. t. III) den »Fiere di Campagna del Reame di Francia« gewidmet und hier eine Anzahl schätzbarer Nachrichten mitgetheilt, welche nicht völlig mit dem Inhalt der vorbezeichneten Manuskripte übereinstimmen. Auch auf diese bisher etwas zu leicht behandelten Widersprüche ist einzugehen.

I.

Von den fünf Pariser Manuskripten hat, durch freundliche Vermittelung des Herrn Professor G. Blondel in Paris, Herr Ph. Souchon daselbst die Güte gehabt, mir genaue Kopieen zu senden: Mss. der bibliothèque nationale, mss. fonds français 12,581 fol. 312 [offenbar das bei Bourquelot mit Nr. 1281 fol. 312 bezeichnete], 25,545 fol. 17—18, 2625 in fine, 412 fol. 2, 16537 fol. 45, — sie sollen im Folgenden mit a, b, c, d, e bezeichnet werden. Eine Kopie des in Venedig (Bibliothek von S. Marco, im Katalog von Zanetti, histoires diverses en françois XIV siècle II append. nr. 2) befindlichen Manuskripts hat, auf mein Ersuchen, Herr Professor C. Vivante in Bologna nehmen lassen; das Manuskript oder die Kopie ist sehr fehlerhaft, stimmt zwar in der Hauptsache mit dem Pariser Manuskript a, doch fehlen wichtige Sätze. Das Manuskript von Provins benutze ich nach den Angaben Bourquelots.

Unter den fünf Pariser Manuskripten enthalten a, b, c, d — nicht aber e, noch das venetianische Manuskript — ausser der genauen Angabe der Geschäftsoperationen, welche im Folgenden mitgetheilt wird, auch ein Verzeichniss der Ellenmaasse der auf den Champagner Messen gehandelten Tuche (moison de dras, i. e. draps), unter Benennung der einzelnen am dortigen Tuchhandel betheiligten französischen und niederländischen Städte. Dieses bereits mehrfach abgedruckte Verzeichniss, welches nur für die Handelsgeschichte, nicht für das Handelsrecht Bedeutung hat, wird im Folgenden weggelassen.

Manuskript a (Nr. 12581) — das erste bei Fréméry — lautet:

ci commance la devisions des foires de Champaigne.

La foire[1] de laigni[2] est livrée landemain[3] de lanreneuf[4]. La foire[5] de bar[6] est livrée le[7] mardi[8] devant[9] la[10] mikaresme[11]. La foire[12] de Provins en mai[13] est livrée le[14] mardi[15] devant lascension[16]. La foire[17] de la saint jehan a troies est livrée le mardi en XI jors après la feste saint jehan et se la feste saint jehan est au mardi si sera la foire as III semainnes[18]. La foire[19] saint aioul a provins est livrée le jor de la sainte croiz en septembre[20].

---

[1] d: foirre; e: foere.

[2] b, c: laigny; d: laingni; e: Ligni; b hat den Zusatz: sur marne.

[3] d: lendemein.

[4] b: lanreneuf; c, e: lan nuef. Dahinter steht c: et ne doit point dentrée (cf. S. 231 Note 9).

[5] e: foere.

[6] b, c: bar sur aube.

[7] e: lou.

[8] c: mardy.

[9] c: avant.

[10] c, d: fehlt; e: le.

[11] c; mykaresme; d: migareme; e: mi quaroime.

[12] e: foere.

[13] b: prouvins en may; c: de may a provins; d: de mai de provins; e: de Prouvins.

[14] e: lou.

[15] c: mardy.

[16] b: lascention; c: la scencion; d: lassention.

[17] e: foere.

[18] Der Passus lautet: b: La foire de troies la chaude est livrée le mardi après la quinzaine de la saint jehan et se la saint jehan est en mardi si a III semainnes; c: La foire saint jehan de troies est livrée le mardy après la XVe de la Saint Jehan et se la Saint Jehan est en mardy il y a trois septmainnes; d: La foire de la seint jehan de troies est livrée dou premier mardi en XV jors après la feste seint jehan baptiste et se la feste seint jehan vient au mardi si aura trois semaines; e: La foere de Troies a la Saeint Jehan est livrée lou mardi après la feste saint Jehan et est au mardi sia trois semainnes.

[19] e: foere.

[20] Der Passus lautet: b: La foire saint ayoul de provins est livrée le jour de feste S. crois en septembre; c, d: ebenso, nur mit kleiner Abweichung der Schreibart; e: La foere de prouvins a la Saint aioul est livrée lou jour de la Sainte † en septembre.

La foire[1] de la saint remi a troies est livrée landemain de la tozsains[2]. En chascune de ces VI foires a VIII jors dantrée[3] et dantrée faillie juqua hare de dras a X jors[4] et XI jors après hare de dras vent on cordoan[5] et XV jors après hare de dras faut droiz paiemenz et faut avoir de pois[6] et I mois après hare de dras abatent li changeor[7] et IIII jors après changes abatuz prant on lestres de foire[8] mais la foire (de la foire) de laigni ne doit point dantrée[9].

Hierauf folgt das S. 229 erwähnte Verzeichniss der Ellenmaasse der Tuche.

Am Schlusse des Ganzen steht:

Explicit des foires. —

Manuskript b (Nr. 25545 Fol. 17—18). Es ist das von Grosley (Martens) mitgetheilte, das zweite bei Frémery.

Die Ueberschrift lautet:

Si commencent les foires de champainne et de brie.

---

[1] e: foere.

[2] Der Passus lautet: b: la foire froide de troies est livrée landemain de la toussains; c: La foire Saint Remy de troies est livrée landemain de la toussains; d: La foire de la seint remi à troies est livrée lendemein de la feste de touz seinz; e: La foere de Troiees a la Saint Remi est livrée landemain de feste touzsainz.

[3] Ebenso b, d; c: Et en chascune des VI foires a VIII jours dentrée; e: En chacune de cez VI foeres a VIII jorz dantrée.

[4] Ebenso e: b (nur jusques a); c (nur dentrée und vor hare eine Lücke); dagegen d: et X jors de foire. Nach einer Kopie des 16. Jahrhunderts findet sich der Zusatz »excepté en la foire Saint-Aioul, où il n'en a que IX« (Bourquelot p. 84).

[5] Ebenso b (nur corduan); c (nur draps); fehlt ganz d und e.

[6] Der Passus fehlt im venet. Manuskript; er lautet b: Et landemain de hare de corduan faut avoir de pois; c: et XV jours après hare de cordoan faut avoir de pois et est drois paiemens; d: et XV jors de droit paiement; e: et XV jorz de droit paiement. Das Manuskript von Provins (bei Bourquelot p. 85 Note 1) lautet, bis auf verschiedene Schreibart, gleich c.

[7] Fehlt in d, e und im Venet. Manuskript. In b: et I mois apres hare de dras abatent changeors; c: et un mois après hare de draps abatent changeur.

[8] Fehlt in d, e und im Venet. Manuskript. In b: Et IIII jors après changeurs abatus prant on lettres de foire; c: et un jours après changes abatus prant on lettres de foires.

[9] Ebenso b, nur mit Weglassung des auf einem Schreibfehler beruhenden doppelten »la foire de«; d: mais la foire de laigni ne doit point dentrée; fehlt in e; in c steht der Satz zu Anfang (s. oben S. 230 Note 4).

In der Mitte, hinter der Angabe der Daten der verschiedenen Messen und vor Angabe der Zeiträume der einzelnen Messoperationen (hinter tozsains und vor En chacune) steht als Ueberschrift:

C'est la devisions des foires et les coustumes.

Am Schlusse des Ganzen steht:

Explicit la manière et la divisions des foires de champaingne et de Brie. —

Manuskript c (Nr. 2625) hat zur Ueberschrift:

Quant les foires sont livrées.

Schlussformel fehlt. —

Manuskript d (Nr. 412) fehlt Ueberschrift und Schlussformel.

Manuskript e (Nr. 16537) fehlt Ueberschrift und Schlussformel.

In d und e fehlen (s. S. 231 Note 6 ff.) die Sätze hinter »droiz paiemenz«, doch hat d den letzten Satz (S. 231 Note 9).

Die sonstigen sehr zahlreichen Abweichungen der Manuskripte b—e von dem abgedruckten Manuskript a sind in den Noten zu diesem angegeben.

Die Abweichungen, soweit sachlich, mögen sich zum Theil aus Aenderungen der Einrichtungen erklären, da die verschiedenen Aufzeichnungen, obwohl anscheinend einem Grundtext entsprungen, doch aus verschiedenen Zeiten herrühren können. Der Grundstock gehört, nach der Sprache, dem 13., vielleicht schon dem 12. Jahrhundert an; e ist wohl etwas jünger, in einem etwas abweichenden Dialekt verfasst. Von den fünf Manuskripten ist a sicher 1284, d spätestens 1285 geschrieben, ein drittes (welches? bei Bourquelot Nr. 1802) soll gleichfalls dem 13. Jahrhundert angehören; im Uebrigen findet sich bei Bourquelot p. 83—85 nur die allgemeine Angabe, dass die Manuskripte aus dem 13.—16. Jahrhundert stammen. Für b bemerkt Grosley[1], dass es den ersten Jahren des 14. Jahrhunderts angehöre. Dass ich das Manuskript a zu Grunde gelegt habe, obwohl es anscheinend einen argen Schreibfehler (XI statt XV jors) enthält, dürfte sich aus dessen Inhalt rechtfertigen; das Manuskript b scheint mir einen jüngeren Text zu enthalten; insbesondere fällt auf, dass, statt der allgemeinen Ueberschrift in a, hier der Beginn der Messen und deren Zeiteintheilung durch eine besondere Ueberschrift getrennt sind.

[1] I p. 497.

II.

Zur Erläuterung mögen folgende Bemerkungen dienen:

1. Es gab sechs privilegirte Messen der ursprünglichen Grafschaften Champagne und Brie, auf welche diese Aufzeichnung sich bezieht. Jede dieser Messen, welche in etwa zweimonatlichen Zwischenräumen auf einander folgten, währte über sechs Wochen, so dass deren Gesammtheit nahezu das ganze Jahr ausfüllte, die Grafschaften Champagne und Brie somit einen nahezu ständigen Messbezirk bildeten.

Die Messe von Lagny zur Marne beginnt am 2. Januar[1].

Die Messe von Bar sur Aube beginnt am Dienstag vor Mittfasten, somit Ende Februar oder im März[2].

Provins hat zwei Messen: eine Frühjahrsmesse (foire de mai), welche am Dienstag vor Himmelfahrt beginnt und 46 Tage dauert; eine Herbstmesse (foire de S. Aioul), welche am 14. September (Kreuzerhöhung) beginnt und bis Allerheiligentag, d. h. 1. November, dauert[3].

Troyes hat zwei Messen: eine Sommermesse (foire chaude oder foire de S. Jean), beginnend am Dienstag nach Ablauf von zwei Wochen[4] seit Johannis (24. Juni), also drei Wochen nach Johannis, falls dieser auf einen Dienstag fällt, jedenfalls in der ersten Hälfte des Juli, endend am 14. September; eine Wintermesse (foire froide oder foire de S. Remi), beginnend am Tage nach Allerheiligen (2. November), endend am 2. Januar[5].

Der Ausdruck »la foire est livrée« in unserer Aufzeichnung gibt somit den Eröffnungstag an.

2. Die Messzeit zerfällt in folgende Abschnitte:

a) huit jours d'entrée, nur Laigny »ne doit point d'entrée«. Die jours d'entrée gehören bereits zur Messzeit

---

[1] Im 12. Jahrhundert, nach Bourquelot p. 80 Note 5, am 1. Januar; desgleichen im 14. Jahrhundert nach Pegolotti.

[2] Ueber das 12. Jahrhundert s. Bourquelot p. 81 Note 1.

[3] S. auch Bourquelot p. 82; vielleicht begann die Herbstmesse ursprünglich am 3. September.

[4] XI jors im Manuskript a ist augenscheinlich ein Schreibfehler für XV, wie alle übrigen Manuskripte, auch das venetianische, und sonstige Nachrichten beweisen.

[5] Die Endzeiten dieser Messen haben gewechselt: Bourquelot p. 82 und 83.

insofern, als die Messprivilegien, wie freies Geleit, insbesondere Arrestfreiheit, Gerichtsbarkeit der Messbehörden sich auch auf diese Vorbereitungszeit, in welcher das Aufschlagen der Messbuden, das Auspacken und Auslegen der Waaren u. dgl. stattfindet, erstrecken. Das findet selbstverständlich auch auf der Messe von Lagny statt, — der Gegensatz betrifft die Entrichtung des Eingangszolls. Es wurde nämlich für Eingang (entrée) und für Ausgang (sortie) eine Abgabe, »le portage«, auch »droit des portes«, erhoben[1]. Diese Abgabe brauchte nun auf den Messen von Bar, Provins und Troyes erst nach Ablauf der acht Freitage gezahlt zu werden, so dass, wer die eingebrachte Waare unverkauft innerhalb dieser Frist zurückzog, abgabefrei blieb, — ein grosser Vortheil für die Importeure, falls sich alsbald Unverkäuflichkeit oder Schwerverkäuflichkeit der Waare herausstellte[2]. Für Lagny aber bestand dieses Privileg für die ganze Messzeit.

Dies wird denn auch durch Pegolotti bestätigt, welcher sagt: Jede der genannten Messen hat zu Beginn »8 giorni franca«, so dass während dieser acht Tage keine Waare, welche auf die Messe kommt, irgend etwas zahlt; Lagny aber ist ganz frei, so dass gar nicht »entrata« gezahlt wird.

b) Erst nach Ablauf der »entrée« finden, wenigstens offiziell, die Verkäufe der Messwaaren statt. Und zwar werden, nach den Hauptgattungen der Messwaaren, drei Zeiträume unterschieden: für Tuche und Wollenstoffe (draps); für Leder (cordoan) mit Einschluss der Pelzwaaren; für sog. Gewichtswaaren (avoir du pois, d. h. du poids), z. B. Spezereien, Droguen, Seidenstoffe und vielerlei anderes Gut[3].

Es ergibt sich nun aber keineswegs mit Sicherheit, ob diese Zeiträume, welche unzweifelhaft in ihren Endpunkten aus-

---

[1] S. die Belege bei Bourquelot II p. 189, insbesondere die Auszüge aus den Extenta terre comitatus Campanie et Brie eod. II p. 197 ff.

[2] Vgl. auch die Urkunde: Le cours des foires de Troyes bei Bourquelot I p. 83 Note 1. Richtig bereits Martens S. 17 Note f, Bourquelot (nach Paulin Paris a. a. O.) I p. 92. Gleiches findet sich auf anderen mittelalterlichen Messen.

[3] Ueber diese Waarengattungen s. Bourquelot I p. 209 ff., 258 ff., 264 ff., 270 ff., 280 ff., 294 ff., vgl. I p. 85. Ueber den Tuchhandel s. auch Schmoller, Die Strassburger Tucher- und Weberzunft (1879) S. 368, 370. Eine Vergleichung der Maasse und Gewichte der Champagnermessen mit denen anderer Handelsplätze gibt Pegolotti p. 54, 63, 89 und sonst.

einanderfallen, auch in ihrem ganzen Verlaufe auf einander folgen, so dass erst nach Schluss der Tuchmesse die Ledermesse beginnt und so fort. Von der Tuchmesse heisst es, dass sie am zehnten Tage nach Ablauf der entrée mit dem »hare de dras« endigt, — währt sie aber volle zehn Tage, wie nach den Manuskripten sich kaum bezweifeln lässt? Dagegen spricht, dass mehrfach in Quellen insbesondere des 14. Jahrhunderts von nur trois jours de draps die Rede ist[1]. Nur drei Tage gibt auch Pegolotti an, welcher den Tuchverkauf erst am 17. Tage nach Anfang der Messe beginnen lässt; für die Maimesse von Provins werden sogar nur zwei Tage Tuchmesse angeführt[2]. Der Widerspruch ist, wie anscheinend auch Bourquelot p. 85 ff. annimmt, vielleicht aus einer gegen Ende des 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts erfolgten Abänderung der Verkaufszeiten zu erklären; aber man sieht nicht ein, welchen Zweck dann die sieben, nach Pegolotti sogar acht Messtage nach Ablauf der entrée bis zum Beginn der Tuchmesse gehabt haben sollen.

Von der Leder- und Pelzmesse haben wir nur in einigen Manuskripten die Angabe, dass sie am elften Tage nach dem hare de dras stattfindet. Endigt sie an diesem Tage oder beginnt sie alsdann? Ein »hare de cordoan« erwähnen nur die Manuskripte b, c und das Manuskript von Provins. Ist dieses »hare de cordoan« der Endpunkt der Ledermesse, wie Bourquelot p. 85, 89 annimmt? Denkbar wäre auch der Anfang derselben (s. unten).

Widersprechend sind endlich die Manuskripte hinsichtlich der Gewichtswaarenmesse. Nach a findet dieselbe 15 Tage nach hare de dras statt, also beginnt anscheinend erst vier Tage nach Endigung der Ledermesse; nach b findet sie statt am Tage nach Schluss der Ledermesse, nach c und dem Manuskript von Provins 15 Tage nach »hare de cordoan«. Die Manuskripte d und e und das venetianische Manuskript

---

[1] Die Ordonn. von 1295 (Ordonn. t. XI p. 377) spricht von 4 Tagen Tuchverkauf der Städte der vlämischen Hanse; Ordonnanzen und Urkunden des 14. Jahrhunderts sprechen von »3 jours de draps«. S. die Belege bei Bourquelot I p. 86, 87.

[2] So versteht auch Bourquelot p. 88 die Stellen (Della decima III p. 238, 239), obwohl wenigstens für die Messe von Bar eine andere Interpretation möglich wäre.

schweigen ganz. Bourquelot p. 85 nimmt an, dass mit den angegebenen Tagen die Endzeitpunkte der Gewichtswaarenmesse bezeichnet seien.

Pegolotti schweigt völlig von Leder- und Gewichtswaarenmesse.

Man sieht, es sind hier zahlreiche ungelöste und nach dem Stande unserer Quellen nicht zu lösende Räthsel.

c) Während der vorbezeichneten Zeit wird auf den Messen das Wechsel- und anderweitige Bankgeschäft durch die Wechsler (changeurs, campsores) in ihren Buden und Ständen (Bänken, Tischen) betrieben. Dass dieselben ihre Thätigkeit erst zu Ende der Messzeit, insbesondere erst nach hare de dras beginnen [1]), wird in den Manuskripten nicht gesagt.

Einen Monat nach dem Schluss der Tuchmesse schlagen die Wechsler ihre Buden oder Stände ab: abatent (s. unten S. 246). Das Wechslergeschäft hat somit, wenn man die huit jours d'entrée nicht mitzählt, 40 Tage gewährt. In diesen Zeitraum von 40 Tagen, und zwar 15 Tage nach hare de dras, fällt die Zahlzeit: droiz paiemens. So nach a; fehlt b; nach c und Manuskript von Provins: XV jours après hare de cordoan; nach den Manuskripten d und e gibt es, wohl missverständlich, XV jorz de droit paiement.

Einen ausführlichen Bericht über diesen Punkt gibt Pegolotti. Zu seiner Zeit beginnen die Geschäfte der Wechsler (seggono i banchi) erst am zweiten Tage nach hare de dras, dauern dann vier Wochen (e stanno 4 settimane), und der 15. Tag nach Ablauf dieser vier Wochen (e poi che le 4 settimane sono compiute 15 dì appresso) ist der Zahltag (termino dello pagamento della detta fiera). Dies wird für alle sechs Messen, mit geringen Abweichungen, wiederholt und am Schlusse immer hinzugefügt, dass, wenn die Zahlung der Messschulden durch Wechsel auf Genua oder Florenz geschehen soll, für die Verfallzeit solcher Wechsel bestimmte übliche Fristen gelten, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist.

---

[1] So Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen S. 37: »Deutlich ist, dass am Ende der Messe die banchi (also die Wechsler) ihr Geschäft anfangen und mit dem Zahltage (termine del pagamento) schliessen, wobei die Zahlungen durch Wechsel von der Messe auf Florenz oder Genua unter Beobachtung gewisser Usofristen bewirkt werden.« Der letzte Satz ist ein Missverständniss Pegolotti's, vgl. unten S. 237.

Unzweifelhaft liegt zwischen dem Bericht des Manuskripts a und Pegolotti's Bericht eine erhebliche Abänderung der für die Messen geltenden Grundsätze. Während ferner nach den Manuskripten die Messen 44 Tage und unter Hinzurechnung der entrée 52 Tage dauern, erstrecken sich dieselben bei Pegolotti auf 62 (Maimesse von Provins 61) oder gar 64 (63) Tage.

Vier Tage nach Ablauf des vorgedachten Zeitraums von 40 Tagen, nach c bereits einen Tag nachher, werden lettres de foire genommen. Das wäre also am 44. oder 45. (nach c am 41. Tage, nach Beginn der eigentlichen Messzeit. Pegolotti schweigt davon, macht aber eine später zu würdigende Angabe über die Nichtinnehaltung der Zahlungszeit. —

Im Folgenden sollen nun einige, für die Geschichte des Handelsrechts erhebliche Fragen, soweit nach dem Stande unserer Quellen möglich, beantwortet werden.

III.

Das »hare de dras« spielt eine wichtige Rolle, weil von ihm ab sich andere Fristen berechnen. Die Manuskripte b und c und das Manuskript von Provins nennen, wie bemerkt, auch ein »hare de cordoan« als Endpunkt (vielleicht Anfangspunkt) der Ledermesse. Vielleicht gab es auf den Messen noch andere »hare«, allein die Quellen schweigen davon, und es erscheint daher gewagt, wenn Bourquelot I p. 89 meint, dass das Ende eines jeden Messabschnitts, z. B. auch des Gewichtswaarenverkaufs, durch den Ausruf »hare«, aber unter Benennung der betreffenden Waarengattung, verkündigt wurde. Diese Hypothese ist sogar in das dictionnaire de l'ancienne langue française du IXe au XVe siècle von Godefroi t. IV (Paris 1885) s. v. hare, are, ale S. 421 übergegangen, selbstverständlich ohne Beleg.

Auch auf den flandrischen Messen wurde, wie Pegolotti c. 57 (Della decima III p. 241) bezeugt, das Ende der Tuchmesse durch den Ruf ara bezeichnet (la sera al tardi grida »ara« e non mostra più drapperia), aber es findet sich bei Pegolotti kein Hinweis, dass der gleiche Ruf auch das Ende des Verkaufs anderer Waaren, sei es auf den Champagner Messen, sei es auf den flandrischen Messen, bezeichnet habe.

Da ferner in den Urkunden und sonst überall das »hare« ohne den Zusatz de dras als ein fester Zeitpunkt bezeichnet wird, so kann darunter nur das hare de dras als das einzige oder doch vornehmste »hare« gemeint sein.

Auf einzelne dieser Urkunden haben bereits Bourquelot und Ducange hingewiesen. Bei Bourquelot I p. 88, 89 finden sich citirt Urkunden von 1204: eine Messabgabe in Troyes ist zu zahlen: infra octabas del hare; 1218: eine Geldsumme von 400 livres de Provins ist zu zahlen auf der nächsten St. Johannismesse von Provins »vier Tage bevor man daselbst ruft hare! hare!; 1230: eine Summe von 7,500 livres de Provins ist zu zahlen auf der nächsten Maimesse von Provins »acht Tage nachdem man daselbst hare! hare! gerufen haben wird«; 1249[1]: eine Geldsumme ist auf der nächsten Maimesse von Provins zu zahlen »tribus diebus antequam clametur: hare!« Ducange, gloss. mediae et infimae latin. 1885 ed. Henschel, IV p. 167, hat folgende Urkunden:

1219: 30 marcas sterlingorum zu zahlen in proximis nundinis S. Johannis Trecensibus apud Trecas (Troyes) quatuor diebus antequam clametur Hare, Hare.

1230: de fidejussione 1725 librarum pruviniensium solvendarum in proximo futuris nundinis Maii de Pruvino apud Pruvinum (Provins) octo diebus postquam clamabitur Hare Hare — (Martens S. 15 citirt diese Urkunde aus Carpentier mit dem Datum 1213).

1294: Au quatrième jour de Hare de dras de la foire S. Jehan à Troyes.

Dieses Verzeichniss lässt sich erheblich vermehren.

Urkunden über mehrere gegen römische Kaufleute kontrahirte Schulden des Kölner Erzbischofs Dietrich (Theodorich) aus den Jahren 1213 und 1218 (Ennen und Eckertz, Urkundenbuch der Stadt Köln II Nr. 40, 57) lauten auf Zahlung in nundinis Sancti Agulfi apud Pruvinum 4 diebus antequam clametur hare hare, desgleichen auf die nächste Messe von Bar und auf die nächste Messe von Troyes (4 diebus oder quarto die) antequam clametur hare, hare. Ebenso sind Schuldverschreibungen des Kölner Erzbischofs zu Gunsten der römischen Gläubiger 1221 (eod. Nr. 70) und zu Gunsten

[1] Bourquelot p. 89 Note 3.

Bologneser Gläubiger (eod. Nr. 73), die eine auf die Messe von Bar, die zweite auf die Messe von Provins, gestellt: 4 diebus antequam clametur hare, hare; vgl. auch 1228 eod. Nr. 107)[1].

Canale, nuova storia della repubblica di Genova vol. II (Firenze 1860) verzeichnet:

> a. 1227 (p. 527): Wechsel auf die St. Johannismesse von Troyes zahlbar »fra otto giorni dopochè sarà gridato nella stessa fiera: Ara, Ara«.
>
> a. 1241 (p. 554): zwei Wechsel auf die nächste Messe von Bar mit der gleichen Zahlungszeit. (In dem Verzeichniss eod. S. 629 finden sich statt Ara die Druckfehler Kara, Kara und Aira).

Nach dem Zeugniss von Bini, i Lucchesi a Venezia (Lucca 1853, 1856) p. 116 ff., sind die Luccheser Wechsel des 13. Jahrhunderts auf die Champagner Messen — welche Bini nicht ausreichend kennt und daher z. B. Bar mit Bari in Apulien verwechselt, den Ausdruck ange, agne = degli angeli für die Septembermesse von Provins nicht versteht[2] — gestellt, meist »acht Tage nach ara, ara ad pagandum tabule«. Findet sich dieser letzte Satz wirklich, so wäre dadurch die Zahlung an oder durch einen Messbankier, vielleicht einen Luccheser, vorgeschrieben[3].

Das bekannte Formular des Bologneser Studentenwechsels bei Rolandinus, um 1250 (meine Universalgeschichte S. 427), lautet auf Zahlung:

> in nundinis Pruvini proxime (!) apud Pruvinum octavo die postquam in ipsis nundinis cridatum fuerit »hec arra« (soll heissen hare [a], hare [a]),

— danach Durantis, speculum (1272) lib. IV part. III de oblig. (ed. Basil. 1563 II p. 333, Francof. 1612 II p. 345).

Unter den zahlreichen auf die Champagner Messen zahlbar gestellten Marseiller Eigenwechseln findet sich, a. 1248,

---

[1] Mitgetheilt bereits von Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland (1865) S. 374 Note 1.

[2] Berichtigungen bei Salvatore Bongi, della mercatura dei Lucchesi nei secoli XIII e XIV. Lucca 1858 p. 62.

[3] Bini versteht den Ausdruck als identisch mit »ad pagamentum tabulae« und meint, was nicht zutrifft, dass tavola Schein oder Rechnungsbuch der Kaufleute gewesen sei. Vielmehr ist tabula (tavola) der Zahltisch des Bankiers (Wechslers), gleich mensa, τράπεζα.

Blancard, doc. inédits sur le commerce de Marseille t. II (Marseille 1885) nr. 707 (p. 158), folgender:

> 80 liras paris., in nundinis Provinis de madio proxime venturis, per III dies ante nundinas pannorum, vel in termino dictarum nundinarum si forte dicte nundine vacarent.

Eine Vorladung der custodes nundinarum (gardes des foires), ergangen nach Florenz, lautet:

> 1279 (Berti, Giorn. storico degli archivi Toscani 1857 nr. 3, 4 — p. 251 nr. 15) auf:
>
> in predictis nundinis Sancti Remigii Treces (d. h. auf die St. Remigiusmesse von Troyes) ad crastinum hore (statt hare) pannorum.

Eine andere Vorladung, ergangen nach Florenz, enthalten in einem Protokoll des Messgerichts 1303 (eod. p. 273 nr. 25), lautet:

> au disième jour après hare de dras de la foire de Laigny sur Marne prochainement venant.

Es wird somit am Schlusse der Tuchmesse hare, hare gerufen, augenscheinlich von den Messdienern (sergents)[1], doch begegnet in dem alten Statut der arte di calimala von Florenz (1301) lib. IV rub. 28 unter den duo cursores (Eilboten) für den französischen Verkehr ein cursor de »ara«, neben dem cursor »de pagamento« nundinarum Campanie; vielleicht dass der Erstgenannte speziell für die Florentiner (Tuchhändler und Tuchfabrikanten der arte di calimala) das Ende der Tuchmesse auszurufen hatte.

»Hare«, im normännischen »haro«, wird von Diez, Etymologisches Wörterbuch der romanischen Sprachen (5. Ausg. 1887) II S. 612, als »Zetergeschrei« bezw. Nothgeschrei erklärt = hieher, herbei, althochd. hera und hara, herot, auch harou, harou = latein. huc. S. 611 wird das normännische harer (harier), altengl. hare (harie) = treiben, drängen, plagen, hergeleitet von har, haro = Hilferuf, althochd. harên = schreien, rufen.

Dieser Etymologie hat sich Littré, dictionnaire h. v., desgl. A. Bos, glossaire de la langue d'oil, Paris 1891, h. v. angeschlossen. Ganz entsprechend heisst es bei M. Heyne

---

[1] Ueber diese s. Bourquelot II p. 247.

im Deutschen Wörterbuch von J. und W. Grimm IV, 2 (1877) s. v. her, Sp. 999 ff.: althochd. hera oder hara, später har (so in alemannischen Quellen und sonst), auch wohl ohne Anlaut (h), oder in erweiterter Form hero, als Zuruf, z. B. an die Pferde, an die Kriegsleute; überhaupt kurz statt »komm her«, »gib her« — s. auch »heran« Sp. 1017 unten.

Das »haro« spielt insbesondere in dem normännischen Recht eine wichtige Rolle als »Gerüft«, behufs Herbeirufung der Nachbarn u. dgl., und wird hier als Formalakt für die Einleitung von Kriminalklagen, Besitzklagen u. s. f. behandelt [1], begegnet aber auch als Jagdruf, Kriegsruf und in manchen ähnlichen Fällen.

Ebenso unhaltbar wie die thörichte Ableitung von »Ha! Rou!« (Rollo, Herzog der Normandie) [2], ist die Herleitung von haraho = placitum, mallus [3], womit sich die Deutung verbindet, dass das hare auf den Messen ankündigen sollte, es werde die Gerichtsbarkeit über die auf der That ergriffenen Verbrecher geübt werden [4]; oder die Deutung »in Ordnung bringen« [5]; oder die Deutung auf »Grenze, Schranke, Ende«, welche in dem Worte »haret« liegen soll [6].

Man sollte doch an der sprachlich sichern und zur Erklärung voll ausreichenden Ableitung von dem altdeutschen hara, har sich genügen lassen. Dass die Romanen den Anlaut opfern, ist natürlich. So begegnet auch das ara in Verbindung mit ojats = hieher! hört! in der Verordnung des Magistrats zu Barcelona 1394 (Capmany, memorias II p. 282) als Publikationsformel des praeco. So heisst »ara«: Aufgebot, auch Angebot (nämlich Ausruf) in den Statuta Brixiae (Brescia) 1313 lib. III c. 26, 28, 37, 276 und sonst.

Somit ist anzunehmen, dass die Messdiener u. dgl. durch den Ruf »(kommt) hieher« den Messbesuchern, und wen es

---

[1] S. ausführlich Glasson, revue historique de droit français et étranger t. VI (1882) p. 397—446, 517—550. S. auch Viollet, établissements de S. Louis I p. 188 ff.

[2] S. bei Ducange s. v. haro III p. 170.

[3] So Glasson p. 520 ff.

[4] So Depping und Glasson p. 527. Als ob solche Ankündigung am Schluss der Tuchmesse geeignet gewesen wäre!

[5] So d'Arbois de Jubainville, histoire des comtes de Champagne t. III p. 234, citirt bei Bourquelot I p. 90 Note 4.

[6] So Bourquelot I p. 90.

anging, den Schluss der (Tuch-)Messe verkündigten, vielleicht auch noch andere, diesen Akt näher bezeichnende Worte hinzufügten. Der öffentliche Ausruf (crierie) war im ganzen französischen Rechtsgebiet, namentlich in Paris, während des 13. Jahrhunderts so allgemein üblich, dass es sogar besonders dazu bestellte Beamte (crieurs) gab (Depping, introd. zu Boileau, règlements sur les arts et métiers de Paris p. LX ff.). Martens, S. 16 Note e, kommt also der Wahrheit nahe, wenn er vermuthet: »Dies hare scheint ein öffentlicher Ausruf gewesen zu sein, dass nun der Termin zu einem gewissen Geschäft der Messe erschienen (bei der Tuchmesse jedenfalls nicht erschienen, sondern abgelaufen, — wie auch S. 18 Note b anerkannt wird) sei, oder vielleicht nur das Holla (?) oder Anfangswort dieses Ausrufes.« Wenn Martens gleichwohl Bedenken trägt, die Identität des Mess-hare mit dem normännischen haro anzunehmen, so übersieht er, dass auch das letztere nur »Gerüft« war, an welches sich aber gewohnheitsrechtlich eigenthümliche Rechtsfolgen knüpften. Dagegen ist ganz unrichtig, wenn Grosley unter »hare« den Verfalltermin der Messscheine — s. unten S. 248 ff. — versteht.

Unklar und anscheinend verkehrt ist die Bemerkung Frémérys p. 15 Note g: »hare« signifie »halle«. Biener, Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte S. 94 Note 12, sagt, ohne weitere Erläuterung, hare des draps sei entweder Anfang oder Ende der Tuchmesse, welches durch einen Aufruf verkündigt wurde; in den Wechselrechtlichen Abhandlungen S. 37 aber: Das hare oder hara bezeichnet den Ausruf, durch welchen die verschiedenen Perioden der Messgeschäfte eingeleitet oder geschlossen wurden. Durchaus abwegig ist die Deutung Endemann's, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre I S. 176. Er spricht von der im 17. Jahrhundert auf der Lyoner und anderen Messen üblichen Skontration, bei der ein Jeder mit lauter Stimme die Wechsel ausruft, welche er als Gläubiger oder für den Gläubiger inne hat, und fügt unter grundloser Berufung auf Biener hinzu: »Das ist der Aufruf, der unter dem Namen des hare schon auf den Champagner Messen für Messverbindlichkeiten üblich gewesen war;« ja, S. 85 wird zur Erläuterung des Wechselformulars bei Rolandinus gesagt: »Ob die Aussteller (des Wechsels) selbst

oder, wie leicht zu vermuthen, durch einen Geschäftsmann, der für sie den Aufruf (hara) beantworten sollte, die Zahlung zu bewirken gedachten, ist von untergeordnetem Belang« [1]. Die ergötzlichste Form nimmt diese grundlose Hypothese bei Jäger (Der Tractat des Lucas Paccioli über den Wechsel von 1494, 1878 S. 23) an: die sog. hara sei ein Aufruf des (Wechsel-)Schuldners durch den Gläubiger vor dem betreffenden Konsul am ersten Tage der Messe; er fügt hinzu: »Es liegt nahe, dieses Wort mit hora = die Stunde in Verbindung zu bringen, allein es ist überall mit a geschrieben«.

IV.

15 Tage nach hare de dras fällt nach Manuskript a droiz paiemens, — auf die abweichenden Angaben anderer Manuskripte und auf die Deutung Pegolotti's (termino dello pagamento della detta fiera) ist schon oben hingewiesen (S. 236).

In den lateinischen Quellen steht dafür der Ausdruck rectum pagamentum, d. h. usancemässige oder gesetzliche Zahlzeit der Messe. Auf diese feste Zahlzeit einer bestimmten Messe werden die Schuldscheine und Wechsel häufig gestellt, auch wohl vorsorglich bestimmt, wie es gehalten werden solle, falls etwa die bezeichnete Messe ausfällt [2].

So heisst es in den bei Bourquelot I p. 91 Note 1 mitgetheilten Urkunden z. B.:

1187: in pagatione nundinarum S. Aygulphi.

1221: in proximis nundinis Bari 8 diebus ante pagamentum.

1240: in nundinis S. Aygulphi 3 diebus ante rectum pagamentum.

1273: infra rectum pagamentum nundinarum de Barro.

1314: ad pagamentum dictarum nundinarum.

Bourquelot II p. 103 gibt weiter als übliche Ausdrücke der Urkunden an:

[1] Danach G. Cohn in Endemann's Handbuch des Handelsrechts III S. 1059 Note 15.

[2] S. auch meine Universalgeschichte S. 225 Note 137a, S. 425, 458 Note 158.

infra oder ante pagamentum, dans droit payement, avant payement u. dgl. m.

Gleiche Formeln begegnen in den Marseiller Urkunden des 13. Jahrhunderts für die auf die Messe von Bar, die Messen von Troyes und namentlich die Maimesse wie die Herbstmesse von Provins gestellten Wechsel:

Bibliothèque de l'école des chartes XXXIXe année 1878. Pièces justificatives Nr. 6, 10, 14 (1247); ferner (1248) in Documents inédits I Nr. 92, 100, 101, 104, 105, 150, 151, 156, 340, 351; II Nr. 825, 929, 995; II 375, 377, 424, 498, 550, 557, 564, 615, 625, 667, 685, 691, 717, 730, 770, 772, 782, 793, 800, 802, 806, 817, 819, 822, 828; II Nr. 1028, 1029.

Die übliche Formel ist:

In nundinis de Bari (Trecis, Pruvini de Madio oder S. Aygulphi u. dgl.), proxime venturis infra rectum pagamentum, vel in termino dictarum nundinarum, si forte dicte nundine vacarent.

Sehr merkwürdig ist folgender Fall aus dem Jahre 1251. Jacopo del Caretto, marchese di Savona, Schwiegersohn Kaiser Friedrich's II., empfängt ein Darlehen von 2000 lire di Genova von den Bankiers Guido Spinola e comp. und stellt dafür, unter Verpfändung des mit Edelsteinen besetzten Thrones des Kaisers, einen Wechsel aus über 1600 libr. perven., zahlbar in proximis nundinis barii venturis ad rectam solutionem vel eo tempore quo dicte nundine esse debent, si deficient (Belgrano, arch. stor. Ital. ser. III t. III part. I [1866] p. 117 ff.). Die Gesellschaft Mangiavacca aus Florenz löst 1253 diesen Thron ein und bezahlt an Spinola e comp. einen Wechsel, zahlbar in primis nundinis S. Aygulfi »ad rectum pagamentum« (Mas Latrie, in Bibliothèque de l'école des chartes, 5e série, t. III [1862] p. 251). Auf die weitere Geschichte dieses komplizirten Rechtsgeschäftes ist an dieser Stelle nicht einzugehen.

Die feste Zahlzeit lässt sich nun in einem zwiefachen Sinne verstehen: als Zahlzeit der auf der Messe zahlbaren, gleichviel, ob daselbst oder anderweitig kontrahirten Privatgeldschulden oder als Zahlzeit der auf der Messe zu entrichtenden Abgaben (Zölle, Standgelder u. dgl. m.). In dieser zweiten Bedeutung wird der Ausdruck »droiz paiemens« von Paulin Paris, unter Zustimmung von Bourquelot p. 92, verstanden.

Mir scheint diese Deutung unwahrscheinlich, und sie wird nicht durch die von Bourquelot a. a. O. citirte Urkunde aus dem Jahre 1241 unterstützt, welche besagt, dass, wenn »post finitum pagamentum« Zoll (theloneum)[1] gezahlt oder eine Waare verkauft wird, nur der halbe Zoll entrichtet werde. Denn wäre in der That unter »pagamentum« der gesetzliche oder übliche Tag der Zollentrichtung zu verstehen, so ist nicht begreiflich, weshalb die Unterlassung rechtzeitiger Zollentrichtung zur Befreiung vom halben Zoll führen sollte. Viel wahrscheinlicher ist, dass man die nach Ablauf der für die Zahlung der Messschulden festgesetzten oder üblichen Zeit, also die am Schlusse der Messe stattfindenden Verkäufe durch Erhebung nur des halben Zolles begünstigte, damit möglichst wenige Waare unverkauft von der Messe ging.

Dass aber eine gesetzliche bezw. übliche Zahlzeit nicht allein für die auf der Messe verkauften Waaren, sofern der Kaufpreis nicht kreditirt war, sondern auch für die überhaupt auf die bestimmte Messe gestellten Zahlungsverpflichtungen bestand, ist einleuchtend, und es ist wenig wahrscheinlich, dass die Schuldurkunden, welche auf »die rechte Zahlzeit« lauten, die für die Zahlung der privaten Messschulden ganz unerhebliche Abgabenzahlung im Auge haben sollten. Nur mit dieser Deutung erscheint vereinbar der Bericht Pegolotti's (a. a. O. p. 239): Wer am Zahlungstage (al giorno del pagamento) nicht zahlt oder sonst seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, gilt als fallit (fallato in fiere), hat keinen Kredit mehr und darf nicht wagen, auf der Messe zu erscheinen, — natürlich wegen der ihm drohenden Personalhaft und Vermögensexekution[2]. Darauf deutet auch die etwas dunkle Stelle in den späteren »coustumes, stille et usaiges de la court et chancellerye des foires de Champaigne et Brye« (Bourquelot II p. 342), wo unterschieden werden les 3 jours de draps und »les journées qui sont assignées au payement de chascune desdites trois foires«.

Biener, S. 36, begnügt sich mit der ergötzlichen Bemerkung, dass sich, aber nur in Fréméry's Text (a), eine undeutliche Angabe über »trois payements« finde!

[1] Augenscheinlich handelt es sich um die Verkaufsabgabe: tonlieu. S. Bourquelot II p. 185 ff.

[2] Meine Universalgeschichte S. 229, 230.

Neumann endlich (s. S. 239 Note 1) meint, das hare scheine die Messe in 2 Theile getheilt zu haben, und nur in dem ersten Theile sei Zahlung angenommen, aber nur in bestimmten Fristen (etwa 4 Tage zuvor, wie in der Kölner Urkunde). Aber an derselben Stelle will er aus der Kölner Urkunde von 1213 herauslesen, dass das hare die Messe beendet habe und dass 4 Tage vorher die Baarzahlungen gegen die auf die Messe ausgestellten Wechsel an die Reihe kamen. Alle diese Hypothesen entbehren jeder Grundlage.

V.

Einen Monat nach hare de dras »abatent li changeors«. Dieser Satz ist schon oben, in Uebereinstimmung mit Bourquelot p. 85 (»ferment leurs boutiques«), dahin verstanden worden, dass die Wechsler ihre Buden bezw. Stände und Bänke »abschlagen«. Von den »tabulae« der Wechsler ist in zahlreichen Urkunden die Rede[1]. Der gleich darauf begegnende Ausdruck »changes abatuz« bezeichnet somit das Abschlagen der Wechselstände und damit das Aufhören der Wechsel- und sonstigen Bankgeschäfte. Des gleichen Ausdrucks, »après changes abatus« oder »abatuz«, bedienen sich die aus dem 13. Jahrhundert stammenden »privilèges et coustumes des foires« (Bourquelot II p. 321 ff.) art. 18, 19, auf welche ich im Folgenden zurückkomme. Desgleichen die Ordonnance Juli 1344 art. 8: »des les trois jours de draps jusques a changes abatuz«[2].

Auf dieses Ende der Wechselgeschäfte deuten die Urkunden mit dem Ausdruck »dimissio cambiorum« oder genauer: »dimissio campsorum«. Es finden sich nämlich interessante, von Bourquelot noch nicht berücksichtigte Erlasse der custodes nundinarum (gardes des foires) an auswärtige Schuldner, enthaltend Vorladung derselben vor das Messgericht der Champagne[3] auf einen bestimmten Tag:

1297: apud Pruvinum ad ottabas dimissionis campsorum nundinarum instantium Sancti Aygulfi de Pruvino (Berti a. a. O. Nr. 21 p. 261 ff.).

---

[1] Bourquelot II p. 127 ff.

[2] Am besten im Hansischen Urkundenbuch III S. 454 ff. gedruckt.

[3] Meine Universalgeschichte S. 231 ff.

1298: Desgl. ad crastinum dimissionis cambiorum (eod. Nr. 22 p. 264 ff.).

1298: apud Barram — apud Trecas — ad quartum diem dimissionis cambiorum (eod. Nr. 23 S. 267 ff.).

1300: apud Pruvinum die tertia dimissionis cambiorum Sancti Augulphi proxime venturi (Mas Latrie, Mélanges historiques. Choix de docum. III. [Paris 1880.] p. 20 ff.).

Es ist sprachlich völlig unmöglich, mit Martens, S. 17 und Frémery, p. 105, 480, welcher fälschlich von »abattre les changes« spricht, unter den technisch gebrauchten Worten eine Abrechnung der Geldwechsler unter einander und mit den Kaufleuten zu verstehen; noch gar lässt, wie Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen S. 37, meint, »die Notiz über die Wechsler erkennen, dass zu Ende der Messe vier Tage zum Skontriren bestimmt waren, worauf die Zahlungen folgten, die durch Ritornowechsel — abgemacht wurden«; noch lässt sich, wie derselbe meint[1], erkennen, »dass die Wechsler ihr Geschäft mit dem Zahltag schliessen«. Für all dies fehlt jeder Anhalt in den Quellen.

VI.

»IV jors après changes abatuz prant on lestres de foire« (a). Aehnlich b: IV jors après changeurs abatus prant on lettres de foire. Dagegen c: un jour après changes abatus etc. Fehlt, wie S. 231 Note 8 bemerkt, in d, e und im Manuskript von Venedig, anscheinend auch im Manuskript von Provins.

Bereits Grosley bezieht die Messbriefe (lettres de foire) auf die Kaufbriefe (papier) über die auf der Messe ausgestellten Waaren und fügt hinzu: »Ce papier se negocioit, ainsi que les obligations qui se passoient sous le scel des Foires. Le hare était le terme de l'écheance des billets.«

Das Letztere ist undenkbar, wenn droiz paiemens die Verfallzeit der Messschulden bezeichnet, denn droiz paiemens tritt erst 15 Tage nach hare de dras ein. Die sehr unbestimmte Aeusserung Grosleys scheint übrigens die gemeinen (formlosen) und die unter Messsiegel ausgestellten Urkunden über

[1] a. a. O. p. 37.

den Kaufpreis unter dem Namen papier und billets zu identifiziren.

Martens, S. 17, bringt die lettres de foire in Verbindung mit der von ihm in »abattent les changeurs« gefundenen Abrechnung und sagt: »Ueber das, was nun nicht durch Zahlung oder Abrechnung getilgt war, nahm und gab man lettres de foire.« In diesem Sinne mag auch Frémery, obwohl er sich nicht ausdrücklich darüber erklärt, den Satz verstanden haben, da auch er (S. 104, 105, 408), wie bemerkt, in dem »abattre les changes« die Abrechnung sieht. Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen S. 37, findet, wie schon erwähnt, dass zu Ende der Messe vier Tage zum Skontriren bestimmt waren, worauf die Zahlungen folgten, die durch Ritornowechsel, d. h. durch Wechsel von der Messe auf die verschiedenen Plätze, abgemacht wurden — oder, wie es später heisst, durch Wechsel von der Messe auf Florenz oder Genua. Diese Ritornowechsel wären somit die »lettres de foire« gewesen. Ich habe bereits oben S. 236 Note 1 bemerkt, dass dem ein Missverständniss Pegolotti's zu Grunde liegt, welcher nicht sagt, dass die Zahlungen durch Ritornowechsel geschahen, sondern dass, wenn die Zahlung auf diese Weise geschah, der Uso dieser Wechsel in einer gewissen Weise bestimmt war.

Endlich Bourquelot, p. 85, bemerkt erläuternd: »Au bout de cinquante-deux jours à partir de la même époque (nämlich dem Tage der Eröffnung) on prenait des lettres de foire, c'est à dire on faisait rédiger et sceller suivant les formes voulues les actes qui devaient assurer aux contractants la jouissance des privilèges des foires de Champagne.«

Es sind somit alle Schriftsteller darüber einig, dass lettres de foire die — gleichviel, ob in Wechselform oder sonst, ob formlos oder unter obrigkeitlicher Autorität (unter Messsiegel) errichteten — Messkontrakte bezeichnen. Nun ist allerdings diese Deutung an sich möglich, da in der That auch die Messkontrakte mit diesem Namen bezeichnet werden. Gleichwohl sprechen dagegen sprachliche wie sachliche Gründe.

Der Ausdruck »prendre lettres« deutet nicht auf die Errichtung von Messkontrakten, welche natürlich nur gemeinsam durch Gläubiger und Schuldner geschehen konnte, sondern auf einseitige Thätigkeit des Gläubigers.

Sodann ist unerfindlich, aus welchem Grunde erst am Schluss der Messe die Aufnahme von Messkontrakten geschehen sein sollte. Das wäre nur erklärlich, wenn lettres de foire lediglich über den Saldo aus der Messabrechnung ausgestellt worden wären, wie Martens und Biener annehmen, — aber es hat sich bereits gezeigt, dass diese Hypothese jedes quellenmässigen Anhalts entbehrt. Im Uebrigen hat sicherlich während der ganzen Messzeit die Aufnahme und Beglaubigung wie Besiegelung von Messkontrakten durch die auf der Messe ständig anwesenden Notare und gräflichen bezw. königlichen Beamten stattgefunden [1]. Veranlassung zu Messkontrakten gab die ganze Messzeit, indem Waaren- und Geldschulden zu verbriefen waren.

Nun aber gibt es noch eine zweite Klasse von Messurkunden, welche gleichfalls Messbriefe genannt wurden, nämlich die von den richterlichen Messbeamten (gardes des foires) ausgestellten Exekutivbefehle wegen nicht bezahlter Messschulden; sie hiessen lateinisch mandamenta de nundinis, nundinalia u. dgl. Solche Briefe wurden natürlich nicht vom Gläubiger und Schuldner gemeinschaftlich errichtet, sondern vom Gläubiger einseitig beim Messgericht auf Grund der schriftlichen Messkontrakte oder auf andere Beweise hin genommen, d. h. bei der Messbehörde erbeten [2]. Dies geschah natürlich nur, wenn die auf der Messe geschuldete Zahlung nicht erfolgt war, also erst nach Ablauf der Zahlungszeit, somit in der Regel erst zu Ende der Messe, sofern nicht ein früherer Zahlungstermin vereinbart war.

Diese Bedeutung des prendre lettres de foire wird aber auch unwiderleglich erwiesen durch die wichtigen Nachrichten, welche uns anderweitig über die Rechtsgewohnheiten der Messen erhalten sind:

In den mit unseren Manuskripten etwa gleichzeitigen Privilèges et coustumes (Bourquelot II p. 321 ff.) heisst es:

18. Item après changes abatus, doit la justice bailler lettres contre ceuls qui defaudront de foire (d. h. flüchtig sind, fuitifs, daher nicht exequirt werden können) en la forme qu'il sera ordonné, que les sergents porteront —.

---

[1] Meine Universalgeschichte S. 230 ff., 234 ff.

[2] Meine Universalgeschichte S. 231.

Dagegen heisst es sub 19: Item après changes abatuz, la justice ne recevra nul octroi d'obligation, — ich möchte diesen dunkeln Ausdruck von der durch die Besiegelung erfolgenden gerichtlichen »Autorisation« der Messkontrakte verstehen; jedenfalls sind die sub 18 erwähnten »lettres«, welche erst nach changes abatus ausgefertigt werden, nicht die unter Messsiegel vor changes abatus angefertigten »Obligationen«. Von diesen letzteren ist sodann unter 20 die Rede: instrument scellé du scel des dites foires. Dagegen kehrt 21 zurück zu den sub 18 erwähnten lettres: Item, sur les fuitifs de la foire, seront prinses (d. h. prises) lettres premières, secondes et tierces, mit Exekutivkraft vor allen Gerichten.

Ganz übereinstimmend heisst es in den jüngeren coustumes, stille et usaige, an verschiedenen Orten, insbesondere Bourquelot II p. 337: es gebe zwei Arten von obligations (à toujours): li un est faiz ceur à ceur en foire (d. h. en cours de foire oder de cors de foire = sur le cors de foire, d. h. auf der Messe selbst im örtlichen Messbezirk kontrahirt[1] — die Kaufschulden werden in das Messregister eingetragen; die zweiten, sichereren erfolgen en vertu des mandemens des foires (d. h. richterlicher Befehle) empétrés à requeste d'un créancier des foires adressans au debteur, pour luy contraindre de la somme qu'il doit à son créancier et exécutés par la justice etc.: also richterliche Exekutionsmandate, auf einseitiges Verlangen des Gläubigers erlassen. Diese lettres, wie sie anderweitig genannt werden, auch »mandemens des foires« (eod. p. 354), sind nicht die lettres obligatoires im gewöhnlichen Sinn — vgl. auch die Ordonnance 1326 art. 2, 8, 10 (Ordonn. I p. 794 ff.), 1327 art. 11 (Ord. I p. 800 ff.) —, sondern die exécutoires, und es wird auch anderweitig (z. B. Houwald II p. 354) gesagt, dass die Gläubiger solche lettres »prenaient«. Auf die zum Theil komplizirten Einzelheiten des Verfahrens einzugehen, ist hier nicht der Ort; für die angenommene Bedeutung des prant on lettres de foire dürfte die vorstehende Ausführung ausreichen.

---

[1] Meine Universalgeschichte S. 229 Note 154, — cf. auch coustumes bei Bourquelot II p. 348: »et en fait l'en les meilleures lectres obligatoires de foire«.

VII.

Es hat sich bisher das negative Resultat herausgestellt, dass unsere Manuskripte keinerlei Anhalt für eine Abrechnung unter den Besuchern der Champagner Messen, desgleichen für Wechselbriefe, insbesondere Ritornowechsel, welche über den nach Abrechnung verbleibenden Saldo ertheilt werden müssen oder ertheilt werden, gewähren. Demungeachtet steht nicht allein fest, dass, wie herkömmlich Wechsel zahlbar auf die Champagner Messen gestellt sind, so auch von den Messen Wechsel auf andere Messen (»créances de foire en foire«) oder auf andere Plätze abgegeben worden sind (Ordonn. 1311 und 1315 [I p. 484 bezw. 494]). Bei Pegolotti werden die usuellen Verfallzeiten der letzterwähnten Wechsel genau angegeben. Es ist ferner selbstverständlich möglich, ja wahrscheinlich, dass diese Wechsel über den durch Abrechnung bezw. sogar Skontration ermittelten Schuldrest gelautet haben; nur sprechen weder unsere Manuskripte noch auch Pegolotti von solcher Abrechnung oder gar Skontration.

Dass aber ein Skontrationsverfahren auf den Champagner Messen bestanden hat, ergibt mit grosser Wahrscheinlichkeit ein merkwürdiger Weise in dem vor 1210 geschriebenen Poenitentiale des Robertus Flamesburiensis enthaltener Bericht. Dieser Kanonist, wahrscheinlich Engländer von Geburt, Kanonikus in dem Chorherrenstift St. Victor in Paris, Pönitentiar und Lehrer daselbst, spricht in dem tractatus de usuris[1] von dem Messwechsel:

§ 2. In nundinis mercatorum consuetudo est, ut sibi ad invicem credant debita sua usque ad generalem solutionem, quae est in fine nundinarum, et gallice dicitur pagiament (d. h. payement). Pro XX libris parisiensium non potui habere de manu ad manum nisi XXIV libras andegavensium; accepi ergo XXVI ad generalem solutionem. S. Ut mihi videtur, non est usura, quia non emitur expectatio temporis. Si enim creditor tuus acces-

[1] Schulte, Roberti Flamesbur. Summa de matrimonio et de usuris —. Giessen 1868; auch Schulte, Die Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechts I (1875) S. 209 und 210. (Auszugsweise mitgetheilt von Anschütz, Zeitschrift XVII S. 109.) Ich habe die Stelle bereits in meiner Universalgeschichte S. 328 Note 100, aber nicht vollständig, abgedruckt.

sisset, statim ei satisfecisset debitor tuus, sed emitur contractus cum aliis personis, ac si diceret debitor tuus: non potes habere pro XX libris parisiensium de manu ad manum nisi XXIV libras andegavensium, dabo tibi XXVI, si permiseris me satisfacere pro te aliis creditoribus tuis. Ecce hic non expectatur aliquis certus dies, sed quandocunque aliquis creditor tuus repetit aliquid a te, satisfaciet ei ille, qui argentum tuum emit, et ideo non est hic expectatio, nec usura, alioquin esset ibi expectatio et usura. Der Gläubiger (A) weist somit seinen Schuldner (B) an, die an A geschuldete Summe zur Messzahlzeit an einen Gläubiger (C) des A zu zahlen, und B zahlt für diese ihm gewährte Erlaubniss einen Aufschlag (26 statt geschuldeter 24 libr. andeg.). Es wird angenommen, dass hier nicht, entgegen dem kirchlichen Wucherverbot, ein Zinsaufschlag für eine gewährte Kreditfrist versprochen wird, sondern dass B seine Schuld (24 libr.) dem A abkauft gegen die Verpflichtung, jeder Zeit, natürlich zur Messzahlzeit, an C etwas mehr (26 libr.) zu zahlen. Es wird somit, wie häufig sonst, das kirchlich verdächtige Geschäft unter der bequemen Rubrik des »Kaufs« aufrecht erhalten. Sicher ist hiernach, dass bei der »generalis solutio« und zum Zwecke derselben Delegationen im Gebrauch waren, und es sind damit die Elemente der Skontration gegeben, indem selbstverständlich die Delegation insbesondere auch zu dem Zwecke geschah, um Kompensationen indirekt zu ermöglichen[1].

Weitere Spuren eines solchen Verfahrens ergibt z. B. die Ordonnance von 1315 (Ord. I p. 584 ff.), welche sagt, dass die créances de foire en foire in Form der »vente, d'achat ou de change« vorkamen. Auf Delegation und Abrechnung dürften endlich die zwar erst dem 15. Jahrhundert angehörigen, aber vielfach älteres Recht enthaltenden coustumes, stille et usaige hindeuten, wo (Bourquelot II p. 355) gesagt wird: Il advient souvent que aucuns doit dehors de foire à ung autre et vient en foire, et cils qui doit pour celluy à

[1] Dass dies schon für den antiken Geldverkehr wahrscheinlich ist, habe ich bei Besprechung der antiken Orderklausel im Delegationsverkehr bemerkt: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte X (1889), Rom. Abth. S. 395 [abgedruckt oben S. 206, 207].

qui il doit dehors foire, (fait?) du consentement de celluy à qui il doit, créance en foire à ung autre, aucune fois on fait lectres, aucune fois non, et telz créant valent, combien que paravant ne fussent debtes de foire; aucune fois n'est pas présent cilz pour qui li créant sy faict.

Es wird so eine ursprüngliche Nichtmessschuld, welche daher nicht die Privilegien der auf der Messe kontrahirten Schulden genoss[1], dadurch statthafter Weise in eine Messschuld verwandelt, dass sie auf der Messe mit Genehmigung des vielleicht auf der Messe nicht einmal gegenwärtigen Gläubigers einem andern Gläubiger (wahrscheinlich einem Gläubiger des ersten Gläubigers) mündlich oder schriftlich delegirt wird.

---

[1] Meine Universalgeschichte S. 228, 229 Note 154.

9.

UEBER

EDITIONSPFLICHT,

INSBESONDERE BETREFFEND

GEMEINSCHAFTLICHE URKUNDEN UND HANDELSBÜCHER.

(EIN RECHTSGUTACHTEN.)

(1882.)

Von dem Bankhause X. & Cie. in Köln a. Rh. bin ich um ein rechtliches Gutachten über einen zwischen diesem Bankhause und dessen Theilhabern als beklagter Partei einerseits, der Frau A. B. geborenen X. und Genossen als klägerischer Partei andererseits schwebenden Rechtsstreit, betreffend die Edition gewisser Handelsbücher des beklagten Bankhauses, eventuell Rechnungslegung desselben, angegangen.

Behufs meiner Information über den Thatbestand ist mir von Herrn Th. X., Theilhaber des beklagten Bankhauses, eine Anzahl von Prozessschriftstücken und bisher ergangenen gerichtlichen Urtheilen, ausserdem eine Anzahl anderweitiger, in einem Konvolut von 230 Seiten Folio (dazu ein »Aktenverzeichniss« von 101 Nummern) enthaltener Schriftstücke mitgetheilt worden. Aus diesen Materialien entnehme ich den nachfolgenden Thatbestand.

I. Thatbestand.

1. Der Kommerzienrath W. L. X. in Köln a. Rh. hat seit dem 1. Januar 1858 mit dem Bankier A. M. daselbst in einer offenen Handelsgesellschaft unter der Firma X & Cie. gestanden. In diese Gesellschaft sind successive die Söhne des Ersteren, welche noch gegenwärtig mit Herrn A. M. das Bankgeschäft führen, die Herren Th. X., O. X. und W. X., als offene Gesellschafter eingetreten. Durch einen 1868 zwischen dem Kommerzienrath X., dessen Ehefrau, deren Söhnen, Töchtern und Schwiegersöhnen geschlossenen, demnächst in dem Testament des Ersteren 1869 als Bestandtheil dieses Testaments bestätigten »Familienvertrag« wurde »im Interesse der Familie« festgestellt, dass das am 1. Januar 1864 in der Handlung befindliche »Guthaben« des Herrn Kom-

merzienrath X. »auf die Dauer der Societät, resp. solange Söhne oder Schwiegersöhne desselben die Firma X. & Cie. führen, jedoch längstens bis zum 1. Januar 1884, gegen eine Verzinsung von 4 Prozent — welche unter Umständen für einige der betheiligten Geschwister X. auf 5 Prozent erhöht werden sollte — in dem Geschäft belassen bleibt.«

Diesem Familienvertrage entsprechend wurde durch einen neuen Gesellschaftsvertrag vom 26. Juni 1869 das Verhältniss zwischen den Theilhabern des Bankhauses X. & Cie. dahin geändert, dass der Kommerzienrath X. jedem der drei genannten Söhne auf dessen elterliche Erbschaft ...... Thaler gegen Verzinsung von 4 Prozent als Einschuss in die Handlung überschreiben liess, sich weiter verpflichtete, ein Kapital von ...... Thalern gegen gleiche Verzinsung, solange mindestens einer seiner Söhne oder Schwiegersöhne in der Handlung bleibt, spätestens aber bis zum 1. Januar 1884 in der Handlung zu belassen, endlich bis zu seinem bereits vorgesehenen Austritte selbst mit nur 4 Prozent an dem Gewinn und Verlust des Geschäfts betheiligt blieb.

Am 30. Juni 1874 ist der Kommerzienrath X. gänzlich aus der Gesellschaft ausgeschieden. Die durch Vertrag vom 26. Juni 1869 bis zum 1. Januar 1875 prolongirte Gesellschaft besteht noch gegenwärtig unter den oben genannten vier Theilhabern; die Herren Th., O. und W. X. sind vertragsmässig verpflichtet, nicht vor dem 1. Januar 1884 aus der Gesellschaft auszutreten.

Am 23. November 1876 ist der Kommerzienrath X. gestorben.

Als Betrag der demselben bei seinem Tode gegen die Handlung X. und Cie., sowie gegen seine in der Gesellschaft befindlichen Söhne zustehenden Ansprüche ist die Summe von Thlr. ...... + Thlr. ...... + Thlr. ...... ermittelt; die darüber von Herrn Th. X. vorgelegte Rechnungsübersicht vom 12. Dezember 1876 ist, unter Verzicht auf jede weitere Inventur, von sämmtlichen Miterben als richtig anerkannt: Verhandlung vom 12. Dezember 1876.

Endlich wurde der hiernach einem jeden der hier in Betracht kommenden Erben zustehende Antheil am väterlichen Nachlass als Guthaben bei der Firma X. & Cie. gutgeschrieben und erklärten sich die betreffenden Erben durch diese Gut-

schrift für ihre Nachlassansprüche, soweit solche wider die Handlung X. & Cie. oder deren Theilhaber bezw. Herrn A. X. in London gingen, befriedigt.

Die von den sämmtlichen Miterben bestätigten Gutschriften der Handlung X. & Cie. lauten übereinstimmend:

Köln, den 30. Januar 1878.

Unter Bezugnahme auf umstehenden Brief unseres Herrn Th. X. theilen wir Ihnen hierdurch mit, dass wir Ihnen zu Lasten des Guthabens des verstorbenen Herrn W. L. X.

Mark ......
und Mark ...... } valuta 31. Dezember 1876

auf Geheimbuchkonto gutgeschrieben haben, indem wir Ihnen bezüglich des letzteren Betrages von ...... Mark bestätigen, dass wir Ihnen denselben laut den getroffenen Vereinbarungen in drei gleichen jährlichen mit dem 1. Januar 1884 beginnenden Raten auszuzahlen und bis dahin mit 4 Prozent Zinsen jährlich zu verzinsen haben u. s. w.

X. & Cie.

2. Alsbald nach dem Tode des gemeinsamen Erblassers hat Herr T. T., welcher erst nach dem Familienvertrage vom 30. Juli 1868 durch Verehelichung mit Fräulein E. X. in die Familie eingetreten war, von Herrn Th. X. wiederholt die volle und persönliche Einsicht in die Handelsbücher der Handlung X. & Cie. begehrt, um auf diese Weise festzustellen, ob nicht eine von ihm vermuthete rapportpflichtige Begünstigung einzelner Miterben, nämlich der Söhne gegenüber den Töchtern, durch den gemeinsamen Erblasser vorliege. Er hat dieses Begehren — nachdem er zunächst, unter Beitritt zum Erbrezess, davon Abstand genommen hatte — später und diesmal in Verbindung mit anderen Miterben wiederholt, seit ein letzter Brief des Kommerzienraths X. an dessen Ehefrau vom 6. Mai 1874 zur Kenntniss der Erben gelangt war, aus welchem einige derselben zu entnehmen glaubten, dass rapportpflichtige Begünstigungen der Söhne gegen die Töchter erfolgt wären. Das alsbald zu erwähnende Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 17. November 1880 spricht übrigens dem gedachten Briefe jede Beweiskraft in dieser Richtung ab.

Dem Verlangen auf Einsicht in die Handelsbücher wurde

in dem begehrten Umfange nicht entsprochen, indem Herr Th. X. zwar am 10. April 1880 die in seinen Händen befindlichen auf den Nachlass des Kommerzienraths X. bezüglichen Papiere den Anwälten des Herrn T. und der sich demselben anschliessenden Miterben zur Einsicht vorlegte, dagegen in Uebereinstimmung mit seinem Associé, Herrn A. M., die Vorlegung der im Besitze der Gesellschaft befindlichen Handelsbücher der Gesellschaft ablehnte: der Erstere wegen des beleidigenden und ehrverletzenden Charakters dieser Forderung, Beide, weil den Miterben ein derartiges Recht gegen die Gesellschaft nicht zustehe.

Auf einen von Herrn Th. X. gemachten Vergleichsvorschlag, desgleichen auf dessen Vorschlag, über die Streitfrage bindende Gutachten allseitig acceptirter Anwälte einzuholen, wurde von den Gegnern nicht eingegangen.

3. Demnächst ist vor der ersten Civilkammer des Königl. Landgerichts zu Köln Klage erhoben worden auf nachträgliche Theilung des väterlichen Nachlasses von den Eheleuten T. T. und E. geb. X. gegen die sämmtlichen Miterben des Kommerzienraths W. L. X., nämlich 1) den Bankier A. X. zu London, 2) den Bankier Th. X., 3) den Bankier O. X., 4) den Bankier W. X., 5) die Eheleute Kommerzienrath B. C. und A. geb. X., 6) die Eheleute Kaufmann V. W. und B. geb. X., 7) die Eheleute Kommerzienrath C. B. und A. geb. X., 2—7 zu Köln, 8) die Eheleute Kommerzienrath M. und L. geb. X. zu T. — unter denen jedoch die Eheleute W., M. und B. sich der Klage angeschlossen haben.

Die Kläger und die denselben beitretenden Beklagten behaupten, es seien von den übrigen Beklagten zur väterlichen Nachlassmasse verschiedene Zuwendungen zu rapportiren.

Als solche werden, soweit für die Zwecke dieses Gutachtens in Betracht kommt, in dem Thatbestand des Urtheils des Königl. Landgerichts vom 17. November 1880 aufgeführt:

2. Nur den drei Theilhabern der Gesellschaft X. & Cie. sei zu Gute gekommen die vertragsmässige Bestimmung, inhalts welcher das ganze Vermögen des Erblassers bis zum 1. Januar 1884 gegen eine Vergütung von 4 Prozent bei dem Geschäfte festgelegt sei.
3. Die Gewinnbetheiligungen, welche der Erblasser den

gedachten drei Söhnen laut Vertrag vom 24. December 1863 und 26. Juni 1869 habe zufliessen lassen, charakterisiren für sich und in Verbindung mit dem unter 2. angeführten Momente die gedachten Verträge als fraudulose Geschäfte zum Nachtheile der übrigen Familienglieder.

4. Es seien sehr erhebliche Beträge des Geschäftsgewinnes während der Mitgliedschaft des Erblassers in der Firma X. & Cie. ursprünglich nicht vertheilt worden, hätten vielmehr, unter einem besonderen Konto gutgeschrieben bezw. verwaltet, in dem Geschäfte weiter gearbeitet, seien aber demnächst an die gedachten drei Theilhaber vertheilt worden und in deren Privatvermögen übergegangen; insbesondere seien im Jahre 1869 an den Beklagten O. X. und an den Beklagten Th. X. je ...... Mark vertheilt worden; gleichwohl habe dieser Fonds bei Austritt des Erblassers aus der Firma noch ...... Mark betragen und der Erblasser nur 4 Prozent erhalten.

5. Dahin gehörten endlich die Kapitalsbetheiligungen von je ...... Mark, welche der Erblasser laut Gesellschaftsvertrag vom 26. Juni 1869 jedem der drei genannten Söhne in den Büchern habe überschreiben lassen, so dass jeder derselben für je diesen Betrag Gläubiger auf Kapitalkonto der Firma X. & Cie. und für denselben Betrag Schuldner des Erblassers wurde. —

Von diesen Klagebehauptungen ist durch Urtheil des Königl. Landgerichts vom 17. November 1880 nur die ad 4 und nur insofern sie dahin geht, dass an die Beklagten O. und Th. X. je ...... Mark aus dem Reservefonds vertheilt seien, zum Beweise gestellt, im Uebrigen die Klage schlechthin abgewiesen, und zwar weil die ad 2., 3., 5. behaupteten Thatsachen eine Rapportpflicht überhaupt nicht begründen, die Behauptungen ad 4. aber, mit einziger Ausnahme der als kollationspflichtige Schenkung zu erachtenden angeblichen Zuwendung von ...... Mark, weitaus zu vage seien, um daraus auf eine Rapportpflicht der Beklagten in bestimmter Höhe schliessen zu können.

4. Der Thatbestand des weiteren am 30. März 1881 unter denselben Parteien und den Intervenienten X. & Cie. und A. M. ergangenen Zwischenurtheils der ersten Civilkammer des Königl. Landgerichts zu Köln und des Königl. Oberlandesgerichts daselbst vom 2. Mai 1881 ergibt ferner:

Es erging Beschluss, über die in dem Urtheil vom 17. November 1880 für erheblich erachtete Klagebehauptung Zeugenbeweis zu erheben. Nach abgehaltenem Zeugenverhör beantragten die Kläger ursprünglich Edition, demnächst die Bewilligung einer Frist behufs Herbeischaffung gewisser im Besitz der Handlung X. & Cie. befindlichen Urkunden. Die Beklagten Th., O. und W. X. verkündeten ihrem Associé, A. M., den Streit, weil sie durch Vorlage der begehrten Urkunden gegen den Gesellschaftsvertrag verstossen würden. Nachdem ursprünglich Herr A. M. intervenirt, aber die Intervention zurückgezogen hatte, intervenirten das Bankhaus X. & Cie. und dessen Theilhaber, Herr A. M., mit dem Antrag, die Intervention anzunehmen und das Gesuch um Fristbewilligung zu verwerfen. Durch Zwischenurtheil des Königl. Landgerichts vom 9. März 1881 wurde die Zulässigkeit der Nebenintervention anerkannt, auf sofortige Beschwerde der Kläger hingegen durch Zwischenurtheil des Königl. Oberlandesgerichts vom 2. Mai 1881 deren Unzulässigkeit ausgesprochen, weil den Intervenienten ein zur Anstellung der Nebenintervention nach der Civilprozessordnung ausreichendes Interesse fehle.

Der Antrag der Kläger war dahin gerichtet, dass eine Frist zur Herbeischaffung folgender Urkunden bestimmt werde:

der Jahresabschlüsse der Gesellschaft X. & Cie. per 31. December 1867, 1868, 1869;

der Rechnungsauszüge über den Geschäftsverkehr des Erblassers mit seiner Firma X. & Cie.

Der so formulirte Antrag wurde durch Urtheil des Königl. Landgerichts als unstatthaft abgewiesen. In den Entscheidungsgründen heisst es, dass, abgesehen davon, ob die »Rechnungsauszüge« hinlänglich genau bezeichnet seien, ob ferner die bezeichneten Schriftstücke als »Urkunden« zu erachten seien, und ob sie in der gegenwärtigen Streitsache beweisen könnten, jedenfalls eine Editionspflicht der Firma X. & Cie. gegenüber den Erben des Kommerzienraths X. nicht

glaubhaft gemacht sei, vielmehr § 6 des Societätsvertrages vom 26. Juni 1869 in rechtlich statthafter und durchaus unzweideutiger Weise die Editionspflicht des Bankhauses X. & Cie. hinsichtlich der Bücher desselben den Erben eines Mitgesellschafters gegenüber ausschliesse.

5. Demnächst stellte die Klagepartei des Hauptprozesses, nämlich Frau A. verw. B. — welche jedoch in der mündlichen Verhandlung von der Klage zurückgetreten ist —, die Eheleute W., M. und T. gegen das Bankhaus X. & Cie. beziehentlich gegen dessen Theilhaber: die Bankiers A. M., Th. X., O. X., W. X., bei der ersten Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Köln Klage dahin an:

»Königl. Landgericht wolle die Beklagten für verpflichtet erklären und verurtheilen, folgende Urkunden im Original oder beglaubigter Abschrift oder in einer sonst von den Gerichten zu bestimmenden geeigneten Weise vorzulegen bez. zur Einsicht der Kläger zu stellen, nämlich:

1) die über den Geschäftsverkehr des Bankhauses X. & Cie. mit dem verstorbenen Kommerzienrath X. aus Köln geführten Konti, insbesondere die laufenden Rechnungen;
2) die Jahresabschlüsse der Firma X. & Cie. bis zum 30. Juni 1874, insbesondere diesen letzten und die vom Jahre 1867 an;
3) das in demselben Bankhause geführte Reserve-Konto.

Eventuell soweit die beklagte Firma Kontokorrent- und Bilanz-Anerkenntnisse nicht besitzen sollte, wolle Königl. Landgericht die Beklagten verurtheilen, über diese Zeit des Geschäftsverkehrs und des Geschäftsverhältnisses Rechnung zu legen.«

Durch Urtheil vom 1. December 1881 ist dem prinzipalen Antrag gemäss, jedoch mit Beschränkung der Editionspflicht auf die bis zum 30. Juni 1874 geführten Konti und gemachten Geschäftsabschlüsse, erkannt, der eventuelle Antrag dagegen abgewiesen.

Aus der Klageschrift und dem Thatbestande des vorerwähnten Urtheils ergibt sich nicht mit ausreichender Be-

stimmtheit, ob die Editionsklage lediglich bezweckt, Einsicht in die zur Ausmittelung angeblicher Conferenda dienlichen Urkunden zu erlangen. In der Klageschrift wird in dieser Beziehung nur gesagt:

> »Das Reserve-Konto und die Abschlüsse und Kontokorrente nach 1867 sind den Klägern von ganz besonderer Wichtigkeit, weil der dem Erblasser an dem Reserve-Konto zustehende Antheil baar an die Söhne mit Uebergehung der Töchter unentgeltlich vertheilt worden ist. Diese Vertheilungen haben stattgefunden im Betrage von mindestens 600,000 (?) nach dem Jahre 1867. Letztere Beträge sind selbstredend dem Rückbringen unterworfen, welche Ausgleichung der Erblasser auch ausdrücklich in einem Briefe vom 6. Mai 1874 vorgeschrieben hat. Um die Höhe der Beträge und namentlich der baaren Vertheilungen festzustellen, sind das Reserve-Konto und die Kontokorrente unumgänglich nothwendig.«

Aus dem Thatbestande ergibt sich weiter, dass die Kläger ihre Editionsanträge auf alle im Erbtheilungsprozess aufgestellten Behauptungen, somit auch auf diejenigen stützen, welche das Urtheil der Civilkammer des Königl. Landgerichts vom 17. November 1880 betreffs der erhobenen Erbtheilungsklage als unerheblich oder rechtlich unschlüssig erklärt hat; ferner die klägerische Behauptung: zur Feststellung der Nachlassmasse sei die Edition der geforderten Urkunden nothwendig, um so mehr, da ihnen aus dem Nachlasse ihres Erblassers keinerlei Urkunden zugegangen seien, welche über die in den zu edirenden Urkunden niedergelegten Rechnungsverhältnisse Aufschluss gewährten.

Im Uebrigen und anscheinend über den Zweck einer blossen Feststellung der angeblichen Conferenda hinaus heisst es in der Klageschrift: der klägerische Erblasser habe als Theilhaber mit der Handlung X. & Cie. in einem Gesellschaftsverhältniss und als Kunde in Geschäftsverbindung gestanden: es sei anzunehmen, dass der Erblasser nie eine Abschrift der betreffenden Skripturen erhalten habe.

Endlich findet sich in dem Thatbestand die weitere Behauptung, es sei den Klägern noch niemals vollständig Rech-

nung gelegt worden, und die erfolgte Theilung sei nur eine partielle gewesen.

Die Editionspflicht der beklagten Partei wird gestützt:

1) auf die Stellung, welche ihr Erblasser der Gesellschaft gegenüber als Theilhaber und als Kunde eingenommen habe;

2) darauf, dass die begehrten Urkunden, insbesondere der Bilanzabschluss und das Reserve-Konto gemeinschaftliche Urkunden aller Gesellschafter seien: C.P.O. § 387;

3) subsidiär auf die Grundsätze des gemeinen Rechts über die Urkunden-Edition, bez. des D. H.G.B.'s Art. 105 ff. bez. 145.

Die Pflicht zur eventuellen Rechnungsstellung wird als selbstverständlich bezeichnet für diejenige Zeit, für welche Bilanz nicht oder nicht fertig gemacht sein sollte oder für welche eine der beklagten Firma ertheilte Anerkennung des Kontokorrents nicht vorliegt.

Das Urtheil der Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts vom 1. December 1881 steht in dem entscheidenden Punkte mit dem Zwischenurtheil der Civilkammer des Königl. Landgerichts vom 30. März 1881 in direktem Widerspruch.

Es wird ausgeführt:

1) Die Statthaftigkeit der Editionsklage gegen den Dritten bestimme sich niemals danach, ob dem Gesuch auf Fristgewährung im Hauptprozess entsprochen sei.

2) Das Verfahren im Editionsprozesse bestimme sich lediglich nach allgemeinen Prozessgrundsätzen, insbesondere nicht nach C.P.O. § 395.

3) Eine Verpflichtung zur Edition nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts sei nicht begründet, dagegen treffe zu der Editionsgrund der Gemeinschaftlichkeit der Urkunden.

Als gemeinschaftlich seien anzusehen:

1) die Rechnungen über alle Geschäftsverhältnisse, welche W. L. X. als Theilhaber oder als Kunde mit der Firma gehabt habe — das ergebe sich aus den Grundsätzen des gemeinen Rechts über die Editionspflicht der argentarii hinsichtlich der für ihre Kunden geführten Rechnungen —,

2) die Jahresabschlüsse der Firma X. & Cie. zwischen allen Theilhabern,

3) das Reservekonto, weil zur Vervollständigung der Bilanz gehörig.

Die Edition aller dieser Urkunden hätte der Erblasser von der Firma begehren können; folglich sei auch jeder seiner Erben zu einem solchen Begehren befugt.

Betreffs der Editionspflicht aller dieser als Handelsbücher anzusehenden Urkunden sei ein Widerspruch zwischen den Vorschriften der C.P.O. und den allerdings in erster Linie maassgebenden Bestimmungen des H.G.B.'s Art. 37 Abs. 1, Art. 38, 40 nicht vorhanden.

Endlich stehe Art. 6 des Gesellschaftsvertrages vom 26. Juni 1869 dem Anspruch der Kläger nicht entgegen, da derselbe nur für den Fall disponire, dass einer der Gesellschafter während bestehender Gesellschaft sterbe, nicht aber für den Fall, dass das Gesellschaftsverhältniss schon vor dem Tode des betreffenden Gesellschafters durch dessen Austritt gelöst sei. Die in Societätsverträgen so häufige Klausel bezwecke, die Mitgesellschafter gegen das unliebsame Eindringen Fremder in die Angelegenheiten der Gesellschaft zu schützen; — trete aber ein Gesellschafter freiwillig aus, so bedürfe es eines solchen Schutzes nicht, da beim Austritte entsprechende Bestimmungen getroffen werden könnten. Daher komme auch die in dem Brief vom 7. Mai 1874 ausgesprochene rechtlich unverbindliche Meinungsäusserung des W. L. X. nicht in Betracht. Es brauche daher auch nicht untersucht zu werden, ob die etwaige hier nicht vorliegende vertragsmässige Ausschliessung der Edition überhaupt statthaft gewesen wäre.

Das zur klageweisen Geltendmachung ihres Editionsrechts erforderliche rechtliche Interesse der Kläger liege in deren im schwebenden Erbtheilungsverfahren erhobenen Kollationsansprüchen, welche sich aus den gesellschaftlichen Verhältnissen des Erblassers in der beklagten Gesellschaft und aus den innerhalb der Gesellschaftsangelegenheiten erfolgten Verbuchungen ergeben sollen. Es sei gleichgiltig, ob die Rechnungen zwischen W. L. X. und X. & Cie. seitens des Ersteren anerkannt seien, da es sich gar nicht um Erhebung von Ansprüchen gegen die Firma oder um Angriffe gegen die Giltigkeit der von W. L. X. innerhalb der Gesellschaft verabredeten Buchungen handle; die Kläger unterstellten eben diese Verbuchungen und Berechnungen als giltig erfolgt und zögen

daraus ihre Schlüsse rücksichtlich der Rapportpflicht einzelner Betheiligten. Daher sei auch die etwa durch die vorgelegte Privatbilanz von W. L. X. dokumentirte Anerkennung der Rechnungen der Firma nicht erheblich. Endlich sei gleichgiltig, dass die klagenden Erben die Erbtheilung vollzogen haben, da die Ansprüche der Kläger sich gerade gegen die Giltigkeit einer von ihnen erfolgten Anerkennung richten. Das Material zur Lösung dieser Streitfrage solle der Editionsprozess schaffen.

Dagegen ist der Antrag auf Rechnungslegung abgewiesen worden, weil, insoweit W. L. X. Kunde von X. & Cie. war, die Beklagte vermöge der ihr auferlegten Editionspflicht gehalten sei, die Rechnung, welche die Firma für ihren Kunden W. L. X. führte, vorzulegen; soweit aber das Verhältniss des Theilhabers W. L. X. gegenüber der Firma in Frage stehe, die Beklagten die entsprechenden Rechnungen und Jahresabschlüsse vorzulegen haben, während im Uebrigen die Gesellschaft oder die übrigen Theilhaber einem geschäftsführenden Theilhaber Rechnung zu legen nicht verbunden seien.

Gegen das vorstehende Urtheil ist Berufung eingelegt[1], der Hauptprozess betreffend die Erbtheilung einstweilen sistirt.

II. Rechtliche Beleuchtung.

A. Die prozessualische Lage.

§ 1.

Das Zwischenurtheil des Königl. Oberlandesgerichts zu Köln vom 2. Mai 1881 hat die in dem Hauptprozesse versuchte Intervention der gegenwärtig beklagten Partei aus dem Grunde als unstatthaft zurückgewiesen, weil derselben ein zur Intervention nach der Prozessordnung ausreichendes Interesse fehle. Denn die Intervenienten würden in einem durch besondere Klage gegen sie erhobenen Editionsprozess »nicht schlechter gestellt sein«, als in dem Falle, dass in Folge ihrer Intervention die Frage der Editionspflicht als eigentlicher Incidentstreit unmittelbar in den Hauptprozess hineingezogen werde.

[1] [Das in dieser Sache ergangene Urtheil des Reichsgerichts (Entsch. XII S. 412 ff.) behandelt, soweit veröffentlicht, nur die auf §§ 387 Z. 2, 394 gestützte Begründung der Klage und tritt insoweit im Wesentlichen dem Goldschmidt'schen Gutachten bei.]

Diese Entscheidung ist unzweifelhaft richtig, allein die Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts hat aus derselben einen unrichtigen Schluss gezogen. Das Königl. Oberlandesgericht hat keineswegs entschieden, dass die Editionsklage trotz Verwerfung des Antrags auf Fristgewährung unter allen Umständen erhoben werden dürfe; — eine Veranlassung zur Sonderung der verschiedenen möglichen Editionsgründe aber lag für den Oberrichter um so weniger vor, als in der That durch die Verwerfung des Antrags auf Fristgewährung die Lage der gegenwärtigen Editionsbeklagten nicht nur nicht verschlechtert, sondern im Gegentheil mindestens prozessualisch verbessert worden ist.

Die §§ 386 ff. der Civilprozessordnung regeln ausschliesslich das Editionsverfahren im schwebenden Rechtsstreit. Das Gesetz unterscheidet, ob nach der Behauptung des Beweisführers die Urkunde sich in den Händen des Prozessgegners befindet (§§ 386—392) oder in den Händen eines Dritten (§§ 393—399).

Im ersten Falle erfolgt die Beweisantretung durch den Antrag, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben, (§ 386) und ordnet alsdann, unter den gesetzlichen Voraussetzungen, das Gericht die Vorlegung der Urkunde bezw. die Leistung des Editionseides bei Vermeidung der gesetzlichen Versäumnissfolgen an (§§ 389—392).

Im zweiten Falle erfolgt die Beweisantretung durch den in bestimmter Weise zu begründenden Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen (§§ 393, 395), und hat alsdann das Gericht, sofern nicht zur Zurückweisung des Antrags gesetzliche Gründe vorliegen (§ 398), eine peremptorische Vorlegungsfrist zu bestimmen (§ 396). Um diese Vorlegung zu bewirken, hat der Beweisführer gegen den angeblich editionspflichtigen Dritten in dessen Gerichtsstand Klage zu erheben (§ 394).

Die C.P.O. enthält so keine Vorschriften für die Editionsklage ausserhalb eines schwebenden Rechtsstreites, noch für den Fall, dass im schwebenden Rechtsstreit dem Beweisführer die nachgesuchte Frist zur Vorlegung der Urkunde vom Prozessgericht verweigert oder die Beweisantretung aus besonderen Gründen zurückgewiesen ist (§§ 395—398), noch endlich für den Fall, dass das Hauptverfahren nach fruchtlosem Ablauf

der Vorlegungsfrist oder, unter Umständen, schon vorher ohne Erledigung des schwebenden Editionsstreites (§ 396 Abs. 2) fortgesetzt wird.

Das Schweigen des Gesetzes kann einen doppelten Grund haben.

Einmal, dass der Gesetzgeber den Editionsprozess gegen den Dritten als ein durchaus selbständiges Verfahren betrachtet, welches prozessualisch besonders zu regeln er keine Veranlassung gefunden und für welches er allenfalls lediglich die materielle Voraussetzung, nämlich die Editionspflicht, näher normirt hat (§ 394). Dieses Verfahren würde somit seine besonderen Wege gehen; es würde auch nach völliger Erledigung des Hauptprozesses fortgesetzt werden dürfen und, sobald es einmal zur mündlichen Verhandlung im Editionsprozesse gekommen ist, auf Antrag jeder Partei fortgeführt werden müssen (C.P.O. § 243 Abs. 1).

Oder, dass der Gesetzgeber das Editionsverfahren überhaupt, gleichviel ob gegen den Prozessgegner oder gegen Dritte, nur als Zwischenstreit zulassen will.

Bietet die erste Annahme die unter Umständen unzweifelhaft wünschenswerthe Möglichkeit, sich durch rein präparatorische Editionsklagen das Material für einen künftigen Rechtsstreit zu beschaffen, so knüpfen sich andererseits an die zweite Annahme sehr erhebliche, vom Gesetzgeber zu berücksichtigende Vortheile.

Nicht allein werden bei dieser Annahme unnütze Prozesse und Prozessvervielfältigungen vermieden, sondern es wird augenscheinlich auch der dritte Editionspflichtige gegen frivole Editionsklagen und deren Fortführung in weit höherem Grade geschützt: theils durch die zeitliche Begrenzung des Editionsprozesses (§ 396) und durch die unter Umständen statthafte Zurückweisung einer derartigen Beweisantretung (§ 398); theils durch die Nothwendigkeit, im Hauptprozesse den Inhalt der betreffenden Urkunden, sowie die Thatsachen, welche durch dieselben bewiesen werden sollen, so genau zu bezeichnen, dass daraus ein schutzwürdiges Interesse des Editionsklägers an Vorlegung der Urkunde deutlich erhellt (§ 395 verbunden mit § 389). Man dürfte auch dafür anführen das allgemeine, noch weiter unten zu erörternde Prinzip des Gesetzes, welches die Editionspflicht des Dritten nicht als allgemeine Bürger-

pflicht, sondern nur innerhalb gewisser genau gezogener Grenzen anerkennt; ferner, dass eine präparatorische »Sicherung des Beweises« hinsichtlich der Urkunden nur innerhalb bestimmter gesetzlicher Grenzen (C.P.O. § 231 vergl. mit §§ 447 ff.) anerkannt ist. Man darf nicht dagegen anführen, dass das Editionsgesuch gegen Dritte im Wege der Klage erhoben werden muss. Denn es wird damit, wie in den Motiven des Gesetzes wiederholt hervorgehoben wird, lediglich bezweckt, die Unterstellung des Dritten unter einen anderen als seinen ordentlichen Richter zu verhindern, und wird überall der Editionsantrag als »Antrag auf Sistirung des Hauptprozesses bis zur Erledigung der gegen den Dritten zu erhebenden Editionsklage«, das Editionsverfahren nur als Theil des »Beweisverfahrens« charakterisirt.

> Vgl. z. B. die Motive zu §§ 366 ff. des Entwurfs von 1871, zu §§ 380 ff. des letzten Entwurfs (1874) S. 270.
>
> Struckmann u. Koch, Die Civilprozess-Ordnung für das Deutsche Reich zu § 393 (7. Aufl. zu § 428 S. 525).

Die Uebelstände eines neben dem Hauptprozess durchaus selbstständig hergehenden Editionsprozesses werden durch die Sachlage unseres Falles drastisch genug illustrirt. Das mit der Hauptklage befasste Prozessgericht verweigert Fristgewährung, weil es an den prozessualischen und den materiellen Voraussetzungen dafür, insbesondere an der Editionspflicht der Handlung X. & Cie. fehle; es verneint die prozessualische oder materielle Zulässigkeit gewisser Kollationsansprüche, während zum Zwecke der Beweisung eben dieser Ansprüche die Editionsklage erhoben wird. Es ist so schon gegenwärtig — wenn auch zufolge Sistirung des Hauptprozesses noch nicht rechtskräftig — festgestellt, dass den Editionsklägern mindestens hinsichtlich gewisser erhobener Ansprüche ein rechtliches Interesse an der Einsicht derjenigen Urkunden fehlt, deren Vorlegung sie begehren, entgegen dem unzweifelhaft geltenden Recht:

> Vgl. z. B. Entscheidung des Obertribunals Stuttgart (Seuffert's Archiv XVIII Nr. 271 S. 428/429) und die spätere Erörterung (§ 5). —

Gleichwohl ist nicht anzunehmen, dass die Civilprozessordnung die selbstständige Editionsklage gegen Dritte schlecht-

hin ausschliessen wolle. Es ist vielmehr eine zwiefache Auslegung derselben möglich:

1. Die gesammten Vorschriften der Civilprozessordnung über die Editionsklage gegen Dritte beziehen sich lediglich auf den Fall, dass der Editionsstreit in einem bereits anhängigen Hauptprozess erhoben wird; für einen anderen Fall — den der durchaus selbstständigen Editionsklage — enthält sie keinerlei Vorschriften, weder prozessualische noch auch nur materielle, über die Editionspflicht. Der Satz des § 394 C.P.O.:

> »Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet«

gälte somit nur für den ersten Fall, und wäre so zu lesen:

> Wenn in einem anhängigen (Haupt-) Prozesse die Vorlegung der in den Händen eines Dritten befindlichen Urkunde begehrt und diesem Begehren von dem Prozessgericht durch Fristsetzung entsprochen wird, so ist der Dritte aus denselben Gründen u. s. f.

Für alle übrigen Fälle verbliebe es sonach hinsichtlich der Editionspflicht des Dritten durchaus bei den Vorschriften des betreffenden bürgerlichen Rechts, somit hier des rheinischen, welches keineswegs eine so weitgehende Editionspflicht, als die §§ 387, 394 der C.P.O. bestimmen, anerkennt.

Vergl. unten § 5.

Es leuchtet ein, dass diese der beklagten Partei günstigere und von derselben vertretene Auslegung nicht allein mit dem Wortlaut des Gesetzes vollkommen verträglich ist, sondern anscheinend auch mit dem Zwecke des Gesetzes, welches ja das Editionsverfahren gegen Dritte nur als Bestandtheil des »Beweisverfahrens«, somit in einem anhängigen Hauptprozess behandeln will und darüber hinaus über die Editionspflicht Bestimmungen zu treffen, keinen entscheidenden Anlass hatte.

2. Die Vorschriften der Civilprozessordnung über die Editionsklage gegen Dritte beziehen sich, insoweit sie die Editionspflicht regeln, auf beide Fälle, auch auf den der durchaus selbstständigen Editionsklage; aber die Editionspflicht ist für diese beiden Fälle verschiedenartig geregelt. Bildet der Editionsprozess einen blossen, wenn auch durch besondere Klage verfolgten Theil des Hauptprozesses, so ist der Dritte

editionspflichtig sowohl nach Ziffer 2 wie nach Ziffer 1 des § 387 C.P.O. Steht der Editionsprozess ganz ausserhalb des Hauptprozesses, so ist der Dritte editionspflichtig nur nach Ziffer 1 des § 387 C.P.O. Dieser Gegensatz scheint nun in der That in den §§ 394, 387 C.P.O. enthalten zu sein.

§ 394. Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet.

§ 387. Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet:

1) wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch ausserhalb des Prozesses verlangen kann;
2) wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.

Damit ist gesagt, dass »ausserhalb des Prozesses« — und dieser »Prozess« ist selbstverständlich für den Dritten der zwischen dem Beweisführer und dessen Prozessgegner schwebende Hauptprozess — der Dritte nicht editionspflichtig ist hinsichtlich solcher Urkunden, für welche eben eine Pflicht zur Herausgabe oder Vorlegung »ausserhalb des Prozesses« nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht besteht, und dies sind eben, nach der Bestimmung der Prozessordnung, die nur ihrem Inhalte nach für den Beweisführer und den Gegner (hier Dritten) gemeinschaftlichen Urkunden.

Vgl. unten § 6.

Diese zweite Auslegung dürfte der ersten vorzuziehen sein. Denn sie führt dahin, dass für den Geltungsbereich der Deutschen Civilprozessordnung, also im ganzen Gebiet des Deutschen Reichs, sowohl für den von der Civilprozessordnung geregelten Fall eines schwebenden Hauptprozesses, dessen prozessualisch geordneten Bestandtheil der Editionsprozess gegen den Dritten bildet, als für den von der Civilprozessordnung nicht geregelten, aber auch nicht ausgeschlossenen Fall eines selbstständigen Editionsprozesses die Editionspflicht des Dritten für das ganze Reichsgebiet gleichmässig geregelt ist: für den ersten Fall dahin, dass die beiden Gruppen der Editionsgründe

Anwendung finden; für den zweiten Fall dahin, dass nur die erste Gruppe Platz greift.

Dieses Ergebniss ist aber auch ein durchaus verständiges. Denn es wird dadurch die vollkommen selbstständige präparatorische Editionsklage gegen den Dritten in allen Fällen zugelassen, in welchen das bürgerliche Recht, welchem er unterworfen ist, ihn schlechthin zur Herausgabe oder auch nur zur Vorlegung der betreffenden Urkunde verpflichtet; falls hingegen der viel unbestimmtere, erst durch die Civilprozessordnung allgemein geregelte Editionsgrund der blossen »Gemeinschaftlichkeit des Inhalts« einer Urkunde vorliegt, soll die Editionspflicht nur alsdann gelten, wenn bereits ein Hauptprozess schwebt und der Richter des Hauptprozesses dem Antrag auf Fristbestimmung behufs Herbeischaffung der betreffenden Urkunde willfahrt, weil nur alsdann diejenigen Garantieen gegen völlig nutzlose oder gar vexatorische Editionsklagen gegeben sind, welche das Gesetz unmöglich ausser Acht lassen darf.

Das Ergebniss entspricht endlich wesentlich dem bisherigen, mindestens in einem sehr grossen Theile Deutschlands geltenden Recht. Denn, wenngleich hin und wieder ganz allgemein die Behauptung aufgestellt wird, dass die Editionspflicht auch des Dritten hinsichtlich der sogenannten »documenta communia« unbeschränkt bestehe bezw. bestanden habe, so findet sich doch weder ein Beweis dafür, insbesondere, dass eine derartige Editionspflicht auch ausserhalb eines schwebenden Hauptprozesses von den Gerichten anerkannt worden sei, noch pflegt man sich über die Verschiedenheit der Editionsgründe des »bürgerlichen Rechts« und des Editionsgrundes der »Gemeinschaftlichkeit« ausreichende Rechenschaft zu geben (vgl. unten §§ 5, 6), noch endlich ist der Gegensatz des nur präparatorischen selbstständigen Editionsstreites und der durch einen schwebenden Hauptprozess veranlassten Editionsklage bisher jemals ausreichend untersucht, geschweige denn gewürdigt worden.

Dagegen liegt genau die hier durchgeführte Unterscheidung dem früheren preussischen Prozessrecht zu Grunde, obwohl dieses sogar, viel weiter gehend als die Deutsche Civilprozessordnung, die Editionspflicht wesentlich nach den Grundsätzen der Zeugnisspflicht behandelt. Im schwebenden Rechtsstreit

ist auch die dritte in den Prozess gar nicht verwickelte Person dem Editionsgesuch schlechthin Folge zu leisten verpflichtet:

Allg. Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten Th. I Tit. 10, § 91,

soweit nicht die blosse »Privatkorrespondenz« zwischen einer Partei und diesem Dritten in Frage steht:

eod. § 92a;

dagegen, wenn es sich nicht um die »Ausmittelung einer in einem Prozesse streitigen Thatsache« handelt, so kann die Edition nur begehrt werden, falls dem Editionssucher aus einem bestimmten »rechtlichen Grunde ein besonderer Anspruch« darauf zusteht:

eod. § 93.

Es wird also, um in der Sprache der Deutschen Civilprozessordnung zu reden, im letzten Falle verlangt, dass »der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch ausserhalb des Prozesses verlangen kann«, und es hat demgemäss das Obertribunal durch Urtheil vom 1. Februar 1856 durchaus richtig entschieden:

> »Dass aber Jemand ohne einen bestimmten Anspruch klagend geltend zu machen, ohne sich also der richterlichen Prüfung dieser Klage zu unterwerfen, und ohne Fixirung des Anspruches sowohl als der zur Begründung desselben dienenden Thatsachen, bloss desshalb, auch ausserhalb der prozessualischen Verfolgung eines dadurch zu begründenden Anspruchs, die Edition einer Urkunde verlangen könne, um sich erst zu informiren: ob ihm nicht vielleicht ein klagbar zu machender Anspruch gegen den, der ediren soll, oder möglicher Weise auch gegen einen Dritten zustehe und solcher dadurch zu begründen sein möchte? — eine solche Vorschrift ist unserer Gesetzgebung völlig fremd.«

Entscheidungen des Königl. Obertribunals Bd. 32 No. 27 S. 225, auch Striethorst's Archiv Bd. 20 S. 105 ff.

Vgl. auch Heidenfeld, in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen, herausg. von Behrend, Bd. III S. 325 ff.

Gegenüber dieser Ausführung kann eine gelegentliche, die Entscheidung nicht tragende Bemerkung über den Begriff der documenta communia und das auch für diese bestehende »selbstständige« Editionsrecht (Entscheidungen des Königl. Obertribunals Bd. 66 S. 287) mindestens für das gegenwärtig geltende Recht auf sich beruhen. —

Für den vorliegenden Fall ist es unerheblich, ob der ersten oder der zweiten Auslegung der C.P.O. beigetreten wird. Nach der ersten würde die Editionsklage, wie weiter nachzuweisen ist, aus Gründen des materiellen Rechts versagen, weil im Gebiete des rheinischen Rechts die blosse »Gemeinschaftlichkeit des Inhalts«, einer Urkunde keinen Editionsgrund bildet. Nach der zweiten versagt die Editionsklage, weil die Gemeinschaftlichkeit des Inhalts einer Urkunde keinen Editionsgrund ausserhalb einer in einem Hauptprozess gehörig zugelassenen Editionsklage bildet.

B. Die Editionspflicht.

1. Allgemeine Gesichtspunkte.

§ 2.

1. In dem Erbtheilungsprozess ist die offene Handelsgesellschaft X. & Cie. selbstverständlich nicht Partei, auch sind es nicht alle Mitglieder derselben und nicht lediglich solche. Wären aber auch die Beklagten des Erbtheilungsprozesses und die Theilhaber der Handelsgesellschaft X. & Cie. völlig identisch, so würden die letzteren doch in jenem Prozess nicht in ihrer Eigenschaft als Theilhaber der Handelsgesellschaft X. & Cie. belangt werden, da von ihnen weder Leistungen aus dem den Gesellschaftsgläubigern primär verhafteten Gesellschaftsvermögen beansprucht werden, noch die Kläger Gläubiger der beklagten Theilhaber in ihrer Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger sein würden. Die von den Beklagten im Erbtheilungsprozesse begehrten Leistungen berühren somit die Interessen der Gesellschaft X. & Cie., auch wenn man dieselbe nicht als eine selbstständige (juristische) Person, sondern — dem geltenden Recht entsprechend — lediglich als eine Personenverbindung mit eigenthümlich abgegrenztem Interessen- und Vermögenskreis betrachtet, nicht einmal mittelbar.

Umgekehrt ist, was im Editionsprozesse von der Gesell-

schaft X. & Cie. begehrt wird, eine Leistung, welche nur von der Gesellschaft, d. i. von der Gesammtheit der Theilhaber als solcher, nicht und bei ihrer Untheilbarkeit auch nicht zum kleinsten Theil von irgend einem oder mehreren ihrer Theilhaber bewirkt zu werden vermag. Die Handelsbücher, deren Vorlegung beansprucht wird, gehören lediglich der Gesammtheit in deren Interesse:

H.G.B. Art. 28, 33, verbunden mit Art. 5, 111, 145;

über dieselben kann kein einzelner Theilhaber wider den Willen eines anderen Theilhabers auch nur zum kleinsten Theile verfügen, da sie nicht zugleich Bücher irgend eines einzelnen Gesellschafters sind:

H.G.B. Art. 111, 119—122, 131, 143, verb. mit Art. 99, 102, 103.

Seuffert's Archiv XXXV Nr. 49 S. 79; Zeitschrift f. Handelsrecht XX S. 285;

auf deren Einsicht hat kein Gläubiger irgend eines einzelnen Gesellschafters ein Recht.

Vgl. unten § 5.

Bei Auflösung der Gesellschaft fallen dieselben nicht zu entsprechenden Theilen an die einzelnen Mitglieder, sondern sie bilden bis zu ihrer Vernichtung einen untheilbaren Vermögensgegenstand unter gemeinsamer oder sonst entsprechend geordneter Verwaltung:

H.G.B. Art. 145.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. VII S. 69 ff.

Die etwaige Editionspflicht einzelner Theilhaber der Gesellschaft X. & Cie. erstreckt sich somit nicht auf die Handelsbücher der Gesellschaft und involvirt nicht eine Editionspflicht der letzteren. Die etwaige Editionspflicht der Gesellschaft gegen ihre zeitigen oder gewesenen Theilhaber begründet nicht eine Editionspflicht der Gesellschaft gegen »Dritte«.

Urtheil des hamburgischen Handelsgerichts vom 28. September 1868 (Hamburger Handelsgerichtszeitung 1868 Nr. 207).

Bei gegentheiliger Annahme wäre das Geschäftsgeheimniss und damit häufig das wirthschaftliche Geschick einer Gesellschaft der Willkür oder den unberechenbaren Vermögenswandlungen und Vermögensverwicklungen des einzelnen Theil-

habers preisgegeben. Darüber hat auch niemals in kaufmännischer Sitte oder Praxis ein Zweifel bestanden.

2. Darüber hinaus haben die gewichtigsten Bedenken schon seit Jahrhunderten zu erheblichen Einschränkungen hinsichtlich der Editionspflicht von Handelsbüchern überhaupt — in Gegensatz zu anderen Urkunden — geführt. Denn einmal ist hier, anders als bei sonstigen Urkunden, meist nur aus einer Mehrheit, häufig einer Vielheit in sich zusammenhängender Aufzeichnungen Aufschluss über einen einzelnen Streitpunkt zu gewinnen. Sodann enthalten, wie die Motive zu Art. 37 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten hervorheben, die Handelsbücher Eintragungen der verschiedensten Art und geben über den gesammten Geschäftsverkehr und Vermögensstand des Kaufmanns Aufschluss, daher dem letzteren die Offenbarung in vielen Fällen nachtheilig sein kann. Es steht darin Vieles, was der redliche und gewissenhafte Geschäftsmann eben nur für sich aufgezeichnet hat und dessen Bekanntgebung an Dritte seinem Willen, seinem und vielleicht seiner Erben Interesse durchaus widerstreiten würde. Es ist, wie der mit den Bedürfnissen des Handelsverkehrs wohlvertraute C. H. L. Brinckmann (Archiv f. civilistische Praxis Bd. 33 S. 94, 95) ausführt, nicht allein für den Kaufmann von höchstem Interesse, den Stand seines Geschäfts, seine Geschäftsverbindungen und den Umfang seiner Verpflichtungen nicht bekannt werden zu lassen, sondern auch für seine Geschäftsfreunde, dass man nicht den Umfang ihrer Geschäftsverbindungen mit dem Produzenten der Bücher erfahre u. s. f. Dass sogar für die römischen Bankiers (argentarii), welche eine sehr eigenthümlich privilegirte, zugleich aber unter steter obrigkeitlicher Kontrole stehende Klasse von Gewerbtreibenden gebildet haben, eine unbeschränkte Editionspflicht ihrer Rechnungsbücher nicht, gegen »Dritte« aber überhaupt nicht bestanden hat, wird sich unten ergeben; ohnehin sind die von ihnen geltenden eigenthümlichen Rechtssätze niemals in Deutschland recipirt worden und gegenwärtig jedenfalls völlig antiquirt. Die gegentheilige Annahme einzelner Schriftsteller, auf welcher das Urtheil der Kammer für Handelssachen fusst, verkennt das geltende Handelsprozessrecht und dessen Entwicklung.

So war denn auch in der älteren deutschen gemeinrechtlichen Praxis und Literatur allgemein anerkannt, dass der der Kaufmann dritten Personen seine Bücher zur Durchsicht vorzulegen nicht verbunden sei:

Vgl. z. B. (Hänsel) über den Beweis durch Handelsbücher im Civilprozess, Leipzig 1830, S. 147, 151 ff., insbes. 166 ff.

Bereits die französische Ordonnance du commerce von 1673, tit. III art. 9, aus welcher art. 14 des code de commerce hervorgegangen ist, hat zur Abschneidung der bedenklichsten Missbräuche —

Vgl. Savary, le parfait negociant, livre IV. ch. IV. (Ausgabe von 1713 I p. 275) —

die früher sehr weit ausgedehnte Editionspflicht, insbesondere aber Mittheilungspflicht erheblich eingeschränkt (vgl. § 3). Ueber die Nothwendigkeit solcher Einschränkung ist auch die gegenwärtige französische Doktrin einig:

Vgl. z. B. Bédarride, droit commercial I 2, Des livres de commerce (2e éd.) zu code de commerce art. 40 Nr. 271 ff. Ch. Lyon Caën et L. Renault, précis de droit commercial I Nr. 217 ff.

Dem entsprechend stellte Art. 37 des preussischen Entwurfs des H.G.B.'s die Pflicht zur Edition der Handelsbücher auch dem Prozessgegner gegenüber in das richterliche Ermessen, und bestimmte, dass von dem Inhalt der Bücher, »soweit er den Streitpunkt betrifft«, Einsicht genommen werden könne, der übrige Inhalt der Bücher dagegen nur insoweit offen zu legen sei, als die Prüfung ihrer regelmässigen Führung erfordere. Aber auch die so begrenzte, in § 38 des Entwurfs erster Lesung aufgenommene Editionspflicht wurde in der Detailberathung der zweiten Lesung ursprünglich von der Nürnberger Konferenz verworfen (Protokolle S. 942). Bei nochmaliger Berathung vertrat zwar der Referent den Standpunkt des Entwurfs, aber scharf betonend, dass die Interessen des Kaufmannsstandes nothwendig eine Beschränkung in Betreff des Umfanges der Edition mit sich brächten (Prot. S. 944 ff., vgl. S. 56). Man entschied sich endlich, und auch dies nur gegen lebhaften Widerspruch, die Editionspflicht einmal nur auf Antrag, sodann nur nach richterlichem Ermessen,

H.G.B. Art. 37 Abs. 1,

endlich nur mit der Beschränkung zuzulassen, dass nicht die gegnerische Partei, sondern nur der Richter »unter Zuziehung der Parteien« von dem Inhalt der vorgelegten Handelsbücher, »soweit er den Streitpunkt betrifft«, Einsicht zu nehmen habe, und dass der übrige Inhalt der Bücher nur dem Richter und nur insoweit, als dies zur Prüfung ihrer ordnungsmässigen Führung nothwendig ist, offen zu legen sei,

H.G.B. Art. 38 —

also nicht dem Gegner, weil dies »zu weit gehe und den Interessen des Handelsstandes widerspreche« (Protok. S. 945).

S. auch v. Hahn, Kommentar zum A.D.H.G.B. Art. 38 (III. Aufl. I S. 160 [IV. Aufl. S. 229 f.]); Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar h. l. (Bd. I S. 288); Puchelt, Kommentar h. l. (3. Aufl., Bd. I S. 78 [4. Aufl. S. 97]).

Dies gilt noch gegenwärtig.

§ 10 des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die Einführung der D.C.P.O., wollte, ausser den Art. 34—36 und 39, auch den Art. 38 des D. H.G.B.'s aufheben, weil derselbe, wie es in den Motiven [S. 485] heisst, nicht den Grundsätzen der C.P.O. über den Umfang, in welchem eine Urkunde dem Gegner offen zu legen ist, entspreche. Dem entgegen — also in klarer Abweichung von den sonst für Urkunden geltenden Grundsätzen, C.P.O. §§ 122, 385 — beschloss die Justizkommission des deutschen Reichstags (Prot. der 121. Sitzung S. 640) die Aufrechthaltung des Art. 38, weil derselbe »im Interesse der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse nothwendig sei«, während andererseits und durchaus den Prinzipien der Civilprozessordnung entsprechend, Art. 37 Abs. 2 des D. H.G.B.'s nach dem Beschluss der Justizkommission (Prot. S. 640) aufgehoben wurde und es, trotz sehr gewichtiger Bedenken (Prot. S. 640, 641), bei der Aufhebung des Art. 39 H.G.B.'s verblieb:

Einführungsgesetz zur D.C.P.O. Art. 13 Abs. 2 Ziffer 2.

Die Feststellung dieses allgemeinen Gesichtspunktes ist von sehr erheblicher Bedeutung, weit hinaus über die Spezialfrage hinsichtlich des Umfanges der dem Prozessgegner gegenüber obliegenden Editionspflicht (unten § 7 a. E.).

2. Die Editionspflicht und Mittheilungspflicht nach den Grundsätzen des Deutschen Handelsgesetzbuchs.

§ 3.

1. Die noch geltenden Art. 37 Abs. 1, Art. 38 des D.H.G.B.'s statuiren eine dem richterlichen Ermessen unterliegende, in der soeben bezeichneten Weise beschränkte Pflicht des Kaufmanns, seine Handelsbücher dem Prozessgegner offen zu legen, und nur soweit der Inhalt der Handelsbücher den »Streitpunkt betrifft«. Eine »allgemeine« Durchmusterung der Bücher, zumal um Rechtsverhältnisse zu ermitteln, welche den Editionsbeklagten gar nicht angehen, ist völlig unstatthaft:

Vgl. U. des Handels-Appellationsgerichts Nürnberg 1866 (Busch's Archiv XI, S. 300), des obersten österreichischen Gerichtshofs 1869, 1871, 1872 (eod. XXI S. 27, XXIII S. 24, XXVIII S. 446).

Anschütz u. v. Völderndorff a. a. O. I S. 288 ff.; Puchelt a. a. O. (3. Aufl.) I S. 79 [4. Aufl. S. 97].

So schon sogar hinsichtlich der argentarii:

l. 10 § 2 D. de edendo (2, 13): scilicet ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea solum pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur,

und allgemein c. 5 X de fide instrument. (2, 22), vgl. l. 4 C. de edendo (2, 1).

Die so begrenzte Editionspflicht besteht nach dem D.H.G.B. einmal:

a) nur in Handelssachen. Denn nur auf diese erstrecken sich überhaupt die Bestimmungen des D.H.G.B.'s — H.G.B. Art. 1 — soweit nicht etwa das H.G.B. selbst eine »Nichthandelssache« durch deren gesetzliche Regelung zur »Handelssache« macht:

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., I S. 476 Note 20 —

und es versteht sich, dass durch die nunmehrige Aufhebung

der Art. 34—36 H.G.B.'s, welche dies ausdrücklich vorsahen (»bei Streitigkeiten über Handelssachen«) nicht auch der Sinn der stehen gebliebenen Artikel des D.H.G.B.'s geändert ist:

> Behrend, Lehrb. des Handelsr. I § 42 Note 57 u. Cit.;
>
> O. A. G. Oldenburg, 1877 (Juristische Wochenschrift, herausg. von Hänle und Lüntzel, Jahrg. VI S. 197),

übereinstimmend mit der französischen Doktrin und Praxis:

> Alauzet, commentaire du code de commerce I Nr. 114 (2e éd.).
>
> Dutruc, dictionnaire du contentieux commercial, 6e éd. II p. 153 Nr. 57,

sodann:

b) nicht gegenüber Dritten. In dieser Beziehung ist es bei dem Landesrecht verblieben:

> Protokolle der Nürnberger Konferenz S. 947.
>
> Behrend, a. a. O. I § 42 Note 57; Endemann, Deutsches Handelsrecht § 22 Note 33; Puchelt a. a. O. I S. 77 [4. Aufl. S. 98],

somit gegenwärtig das Recht der deutschen Civilprozessordnung maassgebend, während z. B. das französische Recht Dritten gegenüber eine Editionspflicht der Handelsbücher überhaupt verneint:

> Alauzet a. a. O. I Nr. 112.
>
> Delamarre et Lepoitvin, traité du droit commercial I Nr. 178 (2e éd.).

2. Durchaus verschieden von der Editionspflicht ist die Mittheilungspflicht, welche auch ausserhalb eines Rechtsstreites behufs Kenntnissnahme des ganzen Inhalts von Handelsbüchern, nach richterlicher, von jedem Parteiantrage unabhängiger, ausschliessend in richterlichem Ermessen stehender Anordnung, in vier durch das Gesetz genau begrenzten Fällen besteht:

> D.H.G.B. Art. 40.

In diesen Fällen handelt es sich nicht um Aufklärung einzelner Punkte, sondern um die Ermittelung des Gesammtumfanges des Handelsvermögens und des Geschäftsbetriebs, für welche eben die Einsicht nur einzelner Einträge nicht ausreichen würde. In diesen Fällen:

Erbschafts-Angelegenheiten,
Gütergemeinschafts Angelegenheiten,
Gesellschaftstheilungssachen,
Konkursverfahren über den Buchführer (vgl. R.Konk.O. §§ 112—114),

ist die augenscheinlich nothwendige Offenlegung des gesammten Inhalts sämmtlicher Handelsbücher auch rechtlich selbstverständlich, wie im Falle des Konkurses, oder doch gar nicht oder nur in geringem Maasse bedenklich. Denn einmal hat in Fällen dieser Art der Handelsbetrieb des Buchführers — mindestens regelmässig — sein Ende erreicht; sodann sind die Interessen der im Besitz der Bücher befindlichen und der die Mittheilung der Bücher begehrenden Personen im Rechtssinne durchgehends äqual, so dass namentlich die Gefahr eines unstatthaften Eindringens »Dritter« in noch laufende Geschäftsbeziehungen, wenn nicht völlig ausgeschlossen, so doch eine äusserst entfernte ist.

Daher besteht die Mittheilungspflicht eben auch lediglich in den vier gesetzlichen Fällen. Ueber diese nothwendige Begrenzung herrscht auch hinsichtlich der Quelle unseres Gesetzes, des Art. 14 des Code de commerce, in der französischen Doktrin und Praxis kein Streit:

Locré, esprit du code de commerce I p. 93.
Alauzet a. a. O. I Nr. 118.
Bravard-Veyrières et Demangeat, traité de droit commercial I p. 135 ff.
Bédarride, droit commercial. Des livres de commerce (2e éd.) Nr. 271 ff., 279 ff. und das Resumé Nr. 297.
Rivière, répétitions écrites sur le code de comm. (7e éd.) p. 61.
Lyon Caën et Renault, précis du droit commercial I Nr. 217 u. Cit.
vgl. Dutruc, a. a. O. II p. 153.

Und ganz entsprechend sagt das belgische Handelsgesetzbuch I 3 (v. 15. Dezbr. 1872) Art. 21:

La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société et en cas de faillite.

Vgl. dazu Namur, le code de commerce Belge revisé I p. 138 ff.

In den Vorarbeiten des D. H.G.B.'s wird nicht minder die Ausschliesslichkeit der vier bezeichneten Mittheilungsgründe scharf hervorgehoben:

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Württemberg Art. 42 und dessen Motive S. 57.
Motive des preussischen Entwurfs S. 26.
Nürnberger Protokolle S. 948.

Nur die Motive des Reichsministerialentwurfs von 1849 (des sog. Reichshandelsgesetzbuchs) S. 60 sprechen von blossen »Hauptfällen«, wobei wahrscheinlich an den ja unzweifelhaften Fall des Miteigenthums der Streittheile an den betreffenden Handelsbüchern gedacht ist.

Ueber den Inhalt des geltenden Rechts kann so ein Zweifel nicht bestehen.

Wenn daher in einem Urtheil des Nürnberger Handelsappellationsgerichts 1865 (Zeitschr. f. Handelsrecht XI S. 135) auch dem Einzelgläubiger, welcher die Exekution in das Vermögen seines Schuldners vergeblich gesucht hat, ein derartiges Recht auf vollständige Mittheilung der Handelsbücher zugesprochen wird, so ist das entschieden zurückzuweisen:

Vgl. auch Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I S. 304 Note 70 ff.

Das bestehende Gesetz gewährt solchen Falls dem Gläubiger nur das Recht, von dem Schuldner die Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses und die Leistung des Offenbarungseides zu begehren:

C.P.O. § 711.

Das Urtheil des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 10. September 1872 (Entscheidungen VII S. 69 ff.) betrifft ein unter den weiteren Begriff der »Gesellschaftstheilungssachen« fallendes Verhältniss unter gewesenen Gesellschaftern vor beendigter Liquidation. Der völlig zweifellose Umfang der Editionspflicht ist hier, ausser auf die schon für sich entscheidenden Art. 105, 145 H.G.B., auch, und zwar unnöthiger Weise, auf die »im vorliegenden Falle« allerdings unbedenkliche »analoge Anwendung« des Art. 40 gestützt. Eine erweiternde Auslegung des Art. 40 hat damit keineswegs anerkannt werden

sollen, wie die nicht vom Gerichtshofe herrührenden Citate in der Note vielleicht annehmen lassen. —

Indessen sogar die analoge Anwendung des Art. 40 H.G.B. in »gleichen oder ähnlichen« Fällen als statthaft vorausgesetzt, so fehlt es auch dafür in dem vorliegenden Falle nach Wort und Geist des Gesetzes an jeder Handhabe. Es handelt sich um keinerlei Auseinandersetzung oder Theilung zwischen den Erben eines Einzelkaufmanns oder zwischen gewesenen Gesellschaftern, sondern es wird zwischen den Erben eines sogar vor seinem Tode aus der fortbestehenden Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters über die Kollationspflicht gestritten und zu diesem Behufe prätendirt, die Bücher der diesem Streit völlig fremden, an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse höchlichst interessirten fortbestehenden Gesellschaft einzusehen.

In der gesammten Praxis und Literatur, insbesondere auch des französischen Rechts, findet sich keine Andeutung, dass für einen derartigen Fall Mittheilungspflicht bestehe:

Vgl. namentlich die eingehende Kasuistik bei Bédarride I Nr. 278 ff.

Dass die von den Klägern bezweckte »Mittheilung« der Handelsbücher sich unter dem Namen einer blossen »Vorlegung« versteckt, macht selbstverständlich keinen Unterschied. Die Handelsbücher der fortbestehenden Gesellschaft sind nicht Nachlass- oder Erbschafts-Papiere, und wie sie den Erben als solchen auch nicht zum Theil gehören, so fehlt ihnen auch jedes Recht auf deren Mittheilung oder auch nur auf deren Einsicht in Gemässheit der nur Erbschaftsangelegenheiten oder Gesellschaftstheilungen betreffenden Vorschrift des Art. 40 H.G.B.'s und in Gemässheit der nur die Editionspflicht des Prozessgegners und nur in Handelssachen, nicht in Erbstreitigkeiten, betreffenden Vorschriften der Art. 37 Abs. 1, Art. 38 H.G.B.'s. —

3. Die Editionspflicht nach den Grundsätzen der Deutschen Civilprozessordnung.

§ 4.

Auf die Handelsbücher, weil »Urkunden« im Sinne der C.P.O., finden unzweifelhaft die allgemeinen Rechtssätze über

die Pflicht zur »Vorlegung« von Urkunden insoweit Anwendung, als nicht das besondere Recht des Deutschen Handelsgesetzbuchs erweiternd oder beschränkend Platz greift.

Abgesehen von dem lediglich prozessualischen Editionsgrund des § 388 C.P.O., besteht für den Dritten wie für den Prozessgegner die gleiche und zwar gesetzlich fixirte Editionspflicht, und zwar aus einem doppelten Editionsgrunde:

C.P.O. § 387 Z. 1, 2, vgl. § 394.

Beide Editionsgründe gehören dem materiellen oder Privatrecht an, nur dass der zweite lediglich in einem bereits schwebenden Prozesse, der erste auch ausserhalb eines solchen die Editionspflicht begründet.

Vgl. oben § 1.

Sie beruhen nicht auf einem Grundsatz des öffentlichen Rechts, insbesondere nicht auf der Analogie der Zeugnisspflicht, wie auf Grund der unglossirten lex (restituta) 22 C. de fide instrument. (4, 21) hin und wieder angenommen und in einzelnen Prozessordnungen, insbesondere der preussischen Allgemeinen Gerichtsordnung und der hannöverschen Prozessordnung, sanktionirt war. Dafür bieten weder die allein zur praktischen Geltung gelangten römischen Quellen einen Anhalt, in welchen vielmehr eine derartige allgemeine Editionspflicht klar negirt wird,

z. B. l. 9 § 1 D. de edendo (2, 13). l. 4 C. eod. (2, 1),

noch beruht die Erweiterung der römischen Editionspflicht in Betreff der sogenannten »documenta communia«, bei aller Unbestimmtheit dieses Begriffs, auf einer prozessrechtlichen Maxime, vielmehr ausschliesslich auf einer Ausdehnung der römischen, mittelst Privatklage, einer actio ad exhibendum oder actio in factum zu realisirenden aequitas exhibitionis. Darüber ist denn auch wesentlich die neuere gemeinrechtliche Doktrin und Praxis durchaus einig:

Vgl. z. B. J. Voet, commentarius ad Pandectas II, 13 § 20.

Glück, Pandektenkommentar XXII S. 112 ff.

M. Mittermaier, Ueber die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden (1835) S. 43 ff.

v. Vangerow, Pandekten III § 708 (7. Aufl.) S. 644.

v. Bayer, Vorträge über den deutschen Civilprozess (9. Aufl.), S. 955.

Wetzell, Civilprozess (3. Aufl.) § 24 Note 102.
Renaud, Civilprozess (2. Aufl.) § 125 Note 1.

Dem entspricht, dass sowohl die Systeme des heutigen Civilrechts (Lehrbücher der Pandekten und dgl.) wie die neueren Civilgesetzbücher und Entwürfe, z. B. Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch § 1566, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich §§ 1823—1826, Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (sog. Dresdner Entwurf) Art. 1042—1045, die Editionspflicht als eine durchaus dem Privatrecht angehörige Verpflichtung behandeln.

Vgl. auch Heidenfeld, in Behrends Zeitschrift für preussisches Recht III S. 329.

Dass dies auch für das französische Recht, von den besonderen handelsrechtlichen Vorschriften abgesehen, gilt, unterliegt keinem Zweifel.

Vgl. unten § 5.

Diese Auffassung liegt endlich auch der Deutschen Civilprozessordnung zu Grunde, wie nicht allein Wortlaut und Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen, sondern eben so sicher deren Entstehungsgeschichte ergibt. Wiederholt und in allen Stadien der Gesetzgebung ist der Gesichtspunkt einer der allgemeinen Zeugnisspflicht entsprechenden, somit dem öffentlichen Recht angehörigen Editionspflicht entschieden zurückgewiesen, das Prinzip der preussischen Allgemeinen Gerichtsordnung, der hannöverschen Prozessordnung und einiger anderer als ungeeignet verworfen worden. Das Gesetz will, wie wiederholt erklärt wurde, lediglich die in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin zur Geltung gelangten Grundsätze über die Editionspflicht anerkennen und durch feste Begrenzung sicher stellen.

Vgl. z. B. Motive zum Entwurf einer Prozessordnung für die preussischen Staaten (1864) S. 101. Protokolle der norddeutschen (hannöverschen) Prozesskommission S. 2486 ff., 5763 ff. Motive zum Entwurf einer Deutschen Civilprozessordnung von 1871 S. 342 und von 1874 S. 267. Protokolle der Justizkommission des deutschen Reichstages S. 156, 553.

Uebereinstimmend die Kommentare zur C.P.O. § 387, z. B. von Struckmann und Koch, v. Wilmowski und Levy, Endemann u. A. m.

Dies vorausgeschickt, sind die Editionsgründe nach Ziffer 1 und nach Ziffer 2 des § 387 C.P.O. für sich zu betrachten.

a. »Nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.«

§. 5.

Selbstverständlich nicht eines beliebigen, etwa des preussischen oder sog. »gemeinen« Rechts, sondern desjenigen, welches in dem maassgebenden Rechtsgebiete gilt, also hier unzweifelhaft des rheinischen (französischen) bürgerlichen Rechts.

Denn in diesem Gebiet ist die Handelsgesellschaft X. & Cie. errichtet und hat dort ihren Sitz, hat der Erblasser der Kläger seinen Wohnsitz gehabt und seine Verfügungen getroffen, wird endlich, falls es darauf ankommen sollte, der Prozess geführt.

C. J. A. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis XIII S. 310, 311.

v. Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht S. 458, 459.

Unter »bürgerlichem« Recht ist hier selbstverständlich sowohl das Handelsrecht begriffen (z. B. H.G.B. Art. 79 Abs. 1, Art. 225), als das sonstige Civilrecht.

1. Dass die allgemeinen Vorschriften des D.H.G.B.'s über die Vorlegung und Mittheilung von Handelsbüchern dem klägerischen Anspruch nicht zur Seite stehen, vielmehr, soweit offen oder versteckt eine »Mittheilung« der Handelsbücher bezweckt wird, entgegenstehen, ist bereits früher dargelegt.

Vgl. § 3.

Desgleichen stehen die besonderen Grundsätze des Societätsrechts dem erhobenen Anspruch nicht zur Seite, sondern entgegen.

Der Erblasser der Kläger, der Kommerzienrath W. L. X. hatte als Theilhaber der Gesellschaft X. & Cie. das Recht der jederzeitigen Einsicht in alle Bücher und Papiere der Gesellschaft, durfte somit, soweit zu diesem Behufe erforderlich war, auch deren Vorlegung im Geschäftslokal der Gesellschaft begehren:

H.G.B. Art. 105, entsprechend dem älteren gemeinen wie dem französischen Recht.

Aber diese Befugniss war strenge an seine Person gebunden, weder der Uebertragung noch der Ausübung durch gewillkürte Vertreter:

H.G.B. Art. 98 Abs. 2, vgl. Allg. L.R. II, 8 § 638, verb. I, 17 § 218; Motive des württemberg. Entwurfs zu Art. 212 (S. 191); Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts VII S. 75, XXIII S. 120 ff.; Urtheile des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 27. Mai 1863 (Centralorgan II S. 132); Brinckmann, Handelsrecht § 45 Note 3; Thöl, Handelsrecht I (6. Aufl.) § 95 S. 325; Kommentare von Anschütz und v. Völderndorff II S. 213 ff.; Puchelt und Keyssner zu H.G.B. Art. 105; Lastig, in Endemann's Handbuch des Handelsrechts I S. 371; Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften S. 327, 204,

noch durch dessen Gläubiger:

Urtheile des obersten österreichischen Gerichtshofes und des O. G.'s Wolfenbüttel: Zeitschr. f. Handelsr. XXII S. 285, 286, 302; Renaud, a. a. O. S. 204, 433,

fähig.

Löste sich, gleichviel aus welchem Grunde, die Handelsgesellschaft auf, so behielt jeder der gewesenen Gesellschafter das gleiche Recht der Einsicht in die im Miteigenthum der ehemaligen Gesellschafter verbleibenden Gesellschaftspapiere:

H.G.B. Art. 144, 145, vgl. l. 5, 8 pr. D. fam. hercisc. (10, 2).

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts V S. 394, VI S. 296, insbesondere VII S. 69 ff.

Ob dieses Recht, wie die Motive zu Art. 138 des preussischen Entwurfs annehmen (S. 73), auch den Singularsuccessoren des gewesenen Gesellschafters zusteht, ist keineswegs zweifellos:

s. dagegen z. B. Brinckmann, Handelsrecht § 52 zu Note 17, 18; Thöl, Handelsrecht (6. Aufl.) § 100 a. E. S. 340; Lastig, a. a. O. S. 425; Renaud, a. a. O. S. 589, 590;

sicherlich darf es nicht durch Vertreter ausgeübt werden:

Urtheil des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 12. Dezember 1874 (Zeitschr. für Handelsr. XXII S. 312).

Scheidet dagegen bei Fortbestand der Gesellschaft ein Gesellschafter aus, so verliert derselbe das societätsmässige Recht zur Einsicht der Bücher und dergl. Er ist blosser Gläubiger der fortbestehenden Gesellschaft geworden und hat fortan nur noch ein Recht auf Rechnungsablage über die nach seinem Austritt erledigten Geschäfte und auf Jahresnachweise über den Stand der laufenden Geschäfte:

H.G.B. Art. 130.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts XXIV S. 346. Vgl. Brinckmann, Handelsrecht S. 181—183; Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., § 100 a. E., S. 340; Anschütz und Völderndorff, Kommentar II S. 291; Puchelt, Kommentar zu Art. 130 H.G.B. Anm. 9 [4. Aufl. S. 291]; Lastig, a. a. O. I S. 425.

Es versteht sich dies um so mehr, als ja auch dem an den Geschäften der Handlung noch dauernd interessirten Kommanditisten und stillen Gesellschafter Büchereinsicht versagt ist:

H.G.B. Art. 160, 253.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts XVII S. 274 f., I S. 195.

Bei Streitigkeiten über die Auseinandersetzung kann Art. 40 H.G.B.'s Platz greifen.

Ist nichts (mehr) streitig, vielmehr abgerechnet, so ist jedes denkbare, societätsmässige Recht auf Rechnungslage und auf etwaige Jahresnachweise selbstverständlich erledigt.

Vgl. unten § 7.

Ob das Ausscheiden aus der Gesellschaft bei Lebzeiten erfolgt oder durch den Tod, macht selbstverständlich keinen Unterschied. Die nicht in die Gesellschaft eintretenden Erben haben nicht umfassendere Rechte, als ihr Erblasser gehabt haben würde — also keine, falls diese ihrem Erblasser völlig fehlten.

Somit ist ein societätsmässiges Recht der Kläger auf volle oder auch nur beschränkte Einsicht irgend welcher Gesellschaftsbücher oder Gesellschaftspapiere — auch völlig ab-

gesehen von dem vertragsmässigen Ausschluss einer derartigen Befugniss,

vgl. § 8 —

niemals vorhanden gewesen.

2. Nicht minder fehlt es an jedem anderweitigen Editionsgrund des »bürgerlichen Rechts« im Sinne des Art. 387 Ziff. 1 der C.P.O.

Für ein dingliches oder Besitz- oder vertragsmässiges oder gar Delikts-Recht, auf welches Kläger ihren Anspruch gründen könnten,

vgl. z. B. l. 9 pr. D. de edendo (2, 13),

findet sich keinerlei Anhalt.

Anlangend endlich die mittelst der actio ad exhibendum oder der noch erweiternden actio in factum der römischen Rechtsquellen zu realisirende Editionspflicht, so fehlt es an deren Voraussetzungen im vorliegenden Falle sogar nach römischem Recht, noch mehr — was ja allein entscheidet — nach dem maassgebenden rheinischen bürgerlichen Recht.

Diesem letzteren nämlich ist unzweifelhaft die allgemeine actio ad exhibendum fremd. Art. 842 des Code Napoléon, vgl. Art. 1476, 1872, gründet die Editionspflicht auf Miteigenthum, bezw. Miterbschaft. Art. 1337 daselbst bestimmt, dass die Vorlegung einer Rekognitionsurkunde, in welche nicht der ganze Inhalt der Primordialurkunde eingerückt ist, die Pflicht zur Vorlegung der letzteren — soweit solche Pflicht besteht — nicht aufhebt. Art. 2004 daselbst statuirt die Pflicht des Bevollmächtigten zur Restitution der Vollmachtsurkunde bei Widerruf der Vollmacht. Art. 839 ff. des Code de procédure setzen nur voraus bezw. ordnen die Pflicht des Notars oder eines sonstigen Depositars der Urkunde zu deren Herausgabe bezw. Vorlegung an die Interessenten. Im Uebrigen handelt es sich um die Vorlegung der im Prozess in Bezug genommenen Urkunden an den Prozessgegner, z. B. Code de procédure Art. 188.

Wollte man nun auch, wie dies mitunter geschieht, für das französische Recht über diese Fälle hinaus eine Pflicht zur Edition sog. »gemeinschaftlicher Urkunden« annehmen, so ist doch mindestens so viel sicher, dass dies keineswegs in einem weiteren, vielmehr, wenn überall, in einem nicht so

weitreichenden Umfange statthaft erscheint, als gegenwärtig durch die maassgebende Deutsche Civilprozessordnung

vgl. unten § 6,

festgestellt ist, so dass eine Untersuchung dieses äusserst unbestimmten Begriffs erübrigt.

Vgl. Merlin, répertoire s. v. compulsoire § 2 [3. Ed. Bd. II S. 686 ff.].

Berriat de Saint Prix, cours de procédure civile II, 1 § III (ed. Bruxelles 1837 pag. 165).

Schlink, Kommentar über die französische Civil-Prozess-Ordnung (2. Aufl.) II S. 342 ff.

Insbes. Larombière, Théorie et pratique des obligations t. IV (Paris 1857) S. 498 ff. (zu Code civil art. 1331 n. 12 ff.), wo entschieden die auf blosses Interesse an der Einsicht einer Urkunde oder auch auf einen blossen Billigkeitsgrund gestützte Editionsklage als unstatthaft zurückgewiesen wird. —

Für das römische Recht ist freilich nicht selten der ganz vage Billigkeitsgrundsatz behauptet worden, dass Jedermann, welcher ein Interesse, mindestens ein Vermögensinteresse an der Einsicht fremder, ihm weder ganz noch theilweise zugehöriger Urkunden habe, deren Vorlegung und Einsicht — mindestens nach richterlichem Ermessen — begehren könne.

Z. B. noch M. Mittermaier, a. a. O. S. 17 ff.; Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen Civilprozess, 10. Aufl., S. 957 ff. und hinsichtlich der argentarii und der heutigen Kaufleute betreffs ihrer Handelsbücher, obwohl nicht allgemein, sogar Wetzell [3. Aufl.], a. a. O. § 24 Note S. 224.

Allein, wie schon die römischen Juristen sich gegen dergleichen anscheinende Billigkeitsansprüche — in Wahrheit ganz unstatthafte Prätensionen — ironisch ablehnend verhalten, ja diese Annahme als eine völlige Verdrehung der Gedanken des Gesetzgebers (hier des »Edikts«) in den stärksten Ausdrücken zurückweisen, welche überhaupt im Corpus juris civilis für chikanöse Interpretationsversuche vorkommen:

l. 19 D. ad exhibendum (10, 4):

»Ad exhibendum possunt agere omnes »quorum interest.« Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi ex-

hiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. respondit (Paulus) non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere »sua interesse« illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.«

vgl. l. 3 § 10 D. eod.:

— sed hoc non sufficit —

so ist auch die besonnene und wirklich eindringende oberrichterliche deutsche Praxis in dieser Zurückweisung einig. Es genügt, folgende Urtheile anzuführen:

Oberappellationsgericht Lübeck. Urtheil vom 30. Dezember 1857. (Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen [Sauerländer'sche Sammlung] Bd. III S. 398):

»Dass der Kläger ein erhebliches Interesse hat, den Inhalt der von ihm verlangten Urkunde kennen zu lernen, ist nach Lage der Sache keinem Zweifel unterworfen. Allein das Vorhandensein eines solchen Interesses kann für sich allein, wie das Oberappellationsgericht schon wiederholt erkannt hat, keine Editionspflicht des Gegners begründen. Es bedarf vielmehr eines speziellen Rechtsgrundes hierfür —«.

In einem andern Urtheil desselben höchsten, durch seine gründliche Kenntniss des gemeinen Rechts ausgezeichneten Gerichtshofes vom 31. März 1859 (ebenda Bd. IV S. 332) heisst es, und zwar in einem dem unsrigen sehr verwandten Falle:

»Der Kläger hat, ausser der Gemeinschaftlichkeit, auch noch das rechtliche Interesse, welches er an der Vorlegung der Handelsbücher der Beklagten habe, als Klaggrund geltend gemacht. Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob Jemand die Vorlegung einer Urkunde, an welcher er kein spezielles dingliches oder persönliches Recht hat, wegen seines rechtlichen Interesses zur Einsicht derselben verlangen kann.« »Auch wenn man indessen die Frage bejaht« (es wird sich zeigen, dass sie zu verneinen

ist), »so kann doch der Richter, auf dessen Ermessen es hierbei ankommen würde, l. 3 §§ 11, 14 D. ad. exhib. (10, 4), nur aus einem ganz dringenden Grunde der aequitas auf die Edition erkennen. Der vorliegende Fall war dazu jedoch nicht geeignet. Der einzige Grund, welcher zu Gunsten des Klägers sprechen würde, könnte nur in der Behauptung gefunden werden, dass der Nachlass seines Vaters keine Papiere enthalten habe, welche über das fragliche Forderungsverhältniss Aufschluss gegeben hätten. Allein es würde zu weit führen, wenn der Mangel von Papieren, auch wenn er nicht durch eigene Sorglosigkeit, sondern durch die des Erblassers entstanden ist, schon genügen sollte, um von jedem Dritten Edition der Dokumente zu verlangen, bei deren Einsicht man rechtlich interessirt ist.«

Uebereinstimmend wird in einem Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Rostock vom 21. März 1870 (Seuffert's Archiv XXIV Nr. 99) ausgeführt, wie die Besitzerin einer die Privatrechtsverhältnisse derselben betreffenden Urkunde einen wohlbegründeten Anspruch darauf hat, dass deren Inhalt nicht zur Kenntnissnahme eines jeden Dritten gebracht werde. »Selbst das Interesse, welches ein Dritter an einer Einsicht derselben damit zu begründen vermag, dass er durch die betreffenden Verhandlungen die ihm in einem anhängigen Rechtsstreite auferlegten Beweise erbringen könne, verpflichtet sie nicht, sich dieselbe gefallen zu lassen, und auch die c. 2 de edendo (2, 1) gibt dem Richter eine so weit gehende Befugniss nicht.«

Vgl. auch u. A. die Urtheile des Obertribunals zu Stuttgart 1845 (Seuffert's Archiv XXII Nr. 148) und des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt 1869 (Seuffert's Archiv XXIII Nr. 180): beide oberste Gerichtshöfe erfordern ein besonderes dingliches oder persönliches Recht an der Urkunde oder auf deren Vorlegung.

Eben dies hat dann auch die neuere quellenmässige Untersuchung,

s. insbesondere G. Demelius[1], Die Exhibitionspflicht

---

[1] Dazu tritt jetzt auch Brinz, Pandekten, 2. Aufl., Bd. II (1882) S. 679 ff., insbes. Note 7, 54.

in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht (1872) S. 127 ff., 250 ff., 269 ff.,

als den wahren Inhalt der römischen Rechtsquellen ergeben.

Abgesehen nämlich einstweilen von dem Sonderrecht hinsichtlich der argentarii und den Testamentsurkunden, so darf, wer kraft Eigenthums oder sonstigen dinglichen Rechts, oder juristischen Besitzes Anspruch auf Herausgabe einer Sache — gleichviel ob Urkunde,

z. B. l. 3 § 4 D. de tabul. exhib. (43, 5),
l. 3 D. testam. quemadm. aper. (29, 3),

oder Nichturkunde — hat, deren Vorlegung bezw. Einsicht behufs der Vorbereitung der dinglichen oder Besitz-Klage, oder geeigneten Falls statt dieser von demjenigen, aber auch nur von demjenigen begehren, gegen welchen jene dingliche oder Besitz-Klage zusteht. Darauf geht die actio ad exhibendum, bei welcher überdies noch dem Richter freie Würdigung zusteht, ob ein vernünftiges rechtliches Vermögensinteresse gerade diesen Anspruch ausreichend rechtfertigt:

l. 3 §§ 9, 12 D. ad exhib. (10, 4).

Darüber hinaus findet sich nirgends die actio ad exhibendum gestattet. Die l. 18 D. ad exhib. und die l. 4, 6 C. de edendo (2, 1) sprechen nur von der actio ad exhibendum des Eigenthümers der Urkunde, die l. 9 C. eod. gewährt dem Schuldner nach bezahlter Schuld eine condictio (sine causa) auf Rückgabe des Schuldscheins.

Ist jedoch im Auftrage oder sonst im ausschliesslichen Interesse Jemandes eine diesen angehende Urkunde angefertigt worden, ohne in dessen Eigenthum zu gelangen, — insbesondere, weil das Material (Pergament, Papier), auf welches sie geschrieben wurde, einem Anderen, etwa dem Urkundenverfasser, oder einem Dritten (z. B. der Ehefrau, deren Sklave im Auftrage des Ehemannes dessen Rechnungen geführt hatte) gehört

— gemäss dem bekannten Grundsatz des römischen Rechts, dass die auf fremdem Stoff geschriebene Urkunde dem Eigenthümer des Stoffes gehört: l. 9 § 4 D. de A. R. D. (41, 1), vgl. § 33 J. de rer. divis. (2, 1) —,

so wird diesem aus Billigkeitsgründen eine actio in factum auf Vorlegung (Einsicht) der nach strengem Recht ihm nicht

gehörigen Urkunde gewährt, da in solchem Falle gesagt werden darf:

> quod mea causa confectum est quodammodo ad me pertinet:
>
> l. 4 § 1 D. de edendo (2, 13).

Auf diesen Fall bezieht sich die l. 3 § 14 D. ad exhibendum (10, 4):

> Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi; ait Julianus, si quidem mea charta scriptae sunt, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum, experiri: in factum igitur actionem mihi competere.
>
> Vgl. Urtheil des Oberappellationsgerichts Oldenburg 1870 (Seuffert's Archiv XXVI Nr. 84).

Dies gilt, jedenfalls im Gebiete des gemeinen Rechts, auch noch gegenwärtig, wie auch in der Justizkommission des Reichstages von dem Vertreter der Bundesregierungen hervorgehoben wurde:

> Protokolle der Justizkommission des Reichstages S. 126, vgl. Struckmann und Koch, Civilprozessordnung zu P.O. § 336 (3. Aufl. S. 315).

Im Uebrigen bestimmt das römische Recht nur, was selbstverständlich, dass der Erbe, welcher den Legataren die Quart abziehen will, den Bestand der Erbschaft durch Vorlegung sämmtlicher Erbschaftspapiere ausweisen müsse:

> l. 95 § 2 D. ad leg. Falcid. (35, 2),

und es gibt, was gegenwärtig antiquirt ist, im Prozess dem Beklagten ein weitergehendes Editionsrecht wider den Kläger als umgekehrt:

> l. 8 vgl. l. 1, 5 C. de edendo (2, 1),

während zugleich ein Editionsrecht hinsichtlich instrumenta »aliena« entschieden verneint wird:

> l. 4 C. eod.

Die documenta »communia« der l. 7 C. eod., l. 26 C. de pactis (2, 3), vgl. c. 12 X. de fide instrum. (2, 22) sind im Miteigenthum der Ligitanten stehende Urkunden — die Frage ist übrigens unerheblich, nachdem der jedenfalls weitere gemeinrechtliche Begriff der »gemeinschaftlichen« Urkunden durch die C.P.O. fixirt ist:

vgl. unten § 6.

Darüber hinaus enthält das römische Recht nur zwei eigenthümliche, auf besonderer gesetzlicher (Edikts-)Vorschrift beruhende Rechtssätze:

Einmal das mit dem interdictum de tabulis exhibendis zu verfolgende Recht des Erben oder sonst letztwillig Bedachten auf Vorweisung der betreffenden letztwilligen Urkunde:

l. 1 § 2, l. 3 § 10 D. de tabul. exhib. (43, 5).

Sodann die Pflicht der Bankiers (argentarii) und Wechsler (nummularii — Bankiers zweiter Ordnung), allen denjenigen Personen, mit welchen sie in Geschäftsverbindung stehen, diejenigen Rechnungsbücher (rationes), welche und insoweit sie über die diese Personen betreffenden Rechtsverhältnisse Auskunft geben, auch dann vorzulegen, wenn ihr Geschäftsfreund nicht mit ihnen selbst, sondern mit einem Dritten einen Rechtsstreit führt und für solchen Rechtsstreit jene Buchvermerke von Erheblichkeit sind:

l. 10 pr. D. de edendo (2, 13).

Der Grund dieser von den römischen Juristen selbst als durchaus singulär betrachteten und auf die eigenthümliche, gewissermaassen öffentliche Rechtsstellung der vielfach privilegirten Bankiers (vgl. oben S. 277) zurückgeführten Rechtsbestimmung:

l. 10 § 1 vgl. l. 4 § 1 D. de edendo (2, 13),

liegt auf der Hand. Die römischen Bankiers und Wechsler waren, ähnlich den holländischen Kassirern, in geringerem Maasse auch den heutigen Depositen- und Giro-Banken, allenfalls gewissen Privatbankiers und Notaren, die Vermögensverwalter ihrer Geschäftsfreunde, welche wenig baare Kasse zu führen pflegten. Sie nahmen von ihnen Depositen an und für sie Zahlungen entgegen, leisteten Zahlungen von einem Konto auf das andere durch Umschreibung (Giro), führten mit vielen Personen Kontokorrente u. s. f. Ihre Rechnungsbücher (rationes) waren so ihren Kunden gegenüber »gemein-

schaftliche Urkunden« im eminenten Sinne des heutigen Rechts. Da aber das römische Recht diesen Begriff noch nicht kannte, da ferner eine actio ad exhibendum auf Vorlegung dieser Urkunden, welche ja unzweifelhaft nur den Bankiers gehörten, dem Geschäftsfreunde nicht zustand, eine actio mandati oder dergleichen sich insofern bezweifeln liess, als die Rechnungsführung, streng genommen, nicht im Auftrage der Geschäftsfreunde und nicht lediglich in deren Interesse geschah, aus gleichem Grunde auch die — übrigens einer späteren Epoche angehörige — erweiternde actio in factum versagte, so musste die Editionspflicht besonders geregelt werden, zumal, da sehr häufig Um- und Zuschreibungen auch ohne speziellen Auftrag geschehen mochten.

Aber es findet sich keine Spur, dass jeder beliebige Dritte, dessen Interesse etwa durch einen Eintrag in den Büchern des Bankiers berührt wurde, einen Anspruch auf Edition gehabt hätte, vielmehr ergeben die Quellen —

anders, aber unrichtig, Wetzell, Civilprozess § 24 S. 224 Note 16 —

das klare Gegentheil:

l. 4 pr. § 1 D. de edendo (2, 13):

Argentariae mensae exercitores rationem quae ad se pertinet, edent —. Hujus edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit meum quodammodo instrumentum mihi edi.

l. 6 § 5 eod.:

Nur Derjenige darf Edition verlangen, si ad eum pertineat (sc. ratio). pertinere autem videtur ad me ratio, si modo eam tractaveris me mandante.

l. 9 § 4 eod.:

Ad nos enim pertinet non tantum cum ipsi contraximus vel successimus ei qui contraxit, sed etiam si is, qui in nostra potestate est, contraxit.

Gleiches gilt von den nummularii:

l. 9 § 2 eod.:

Quia et hi nummularii sicut argentarii rationes

conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur.

Daher denn auch umgekehrt — was bei der entgegengesetzten Ansicht völlig unerklärlich wäre — der argentarius, welchem etwa seine Bücher verloren gegangen waren, von dem dritten Besitzer, d. h. eben dem Geschäftsfreunde, die Edition der die gemeinschaftlichen Rechtsverhältnisse betreffenden Urkunden, z. B. die diesem zugestellten Kontokorrentauszüge fordern durfte:

l. 6 §§ 8, 9 D. eod.

Richtig schon:

Casaregis, discursus legales de commercio, discursus 102 Nr. 5.

Bayer, Vorträge S. 955 ff.

v. Vangerow, Pandekten [7. Aufl.] III § 708 S. 643.

Demelius, Die Exhibitionspflicht S. 250 ff.

Für das heutige Recht, das den weiten Begriff der »gemeinschaftlichen Urkunde« kennt, fällt so unzweifelhaft die gegenwärtig nicht mehr singuläre Editionspflicht der römischen Bankiers unter den zweiten alsbald zu erörternden Editionsgrund. Bestände aber wirklich nach römischem Recht eine darüber hinausgehende Editionspflicht der argentarii, so wäre dieselbe weder jemals Bestandtheil des gemeinen Rechts geworden, noch könnte sie gegenwärtig neben und ausserhalb der Bestimmungen der C.P.O. über die Edition »gemeinschaftlicher Urkunden« gelten.

Gleiches versteht sich von den singulären Rechtssätzen, betreffend die Editionspflicht bei den gegen den Fiskus gerichteten Klagen:

l. 2 § 1, 2 D. de iure fisci (49, 14)

und bei der Belangung von Zinswucherern:

c. 1 § 1 in Clement. de usuris (5, 5). —

b. Wegen »Gemeinschaftlichkeit« der Urkunden.

§ 6.

C.P.O. § 387 Ziffer 2 sagt:

»Wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.«

Die »Gemeinschaftlichkeit« soll bestehen zwischen dem Beweisführer und dem Gegner — hier dem »Dritten«.

Sie soll betreffen den »Inhalt« der Urkunde, d. h. es soll ausreichen, aber auch erforderlich sein, Gemeinschaftlichkeit des »Inhalts«, nicht erforderlich sein Gemeinschaftlichkeit des »Rechts an der Urkunde« (Miteigenthum u. dgl.), noch sonst ein besonderes Recht an der Urkunde oder auf dieselbe, weil all dies bereits durch Ziffer 1 (vgl. § 5) gedeckt ist.

Als Beispiele solcher Urkunden, welche ihrem Inhalt nach für den Beweisführer und für den Gegner — für den Dritten — gemeinschaftlich sind, werden genannt:

1. Urkunden, welche im Interesse des Beweisführers und seines Gegners (Dritten) errichtet sind.
2. Urkunden, welche deren »gegenseitige Rechtsverhältnisse«, d. h. Rechtsverhältnisse, welche zwischen dem Beweisführer und dessen Gegner (Dritten) bestehen, beurkunden.

Nur eine Abart von 1 oder 2 bilden die, um einer zu engen Deutung der Worte »Urkunden«, »beurkunden«, »errichtet« zu begegnen, ausdrücklich (»gelten auch«) hinzugefügten:

> »Schriftliche Verhandlungen, welche über ein Rechtsgeschäft zwischen den Betheiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogen sind.«

Dass das Gesetz Beispiele nennt, ergibt der Zusatz »insbesondere«. Darüber sind auch die Kommentatoren der Prozessordnung —

mit einziger Ausnahme von Hellmann zu § 387 —

einig. Man wollte vorsichtiger Weise etwa prinzipiell gleichstehende nicht genannte Fälle nicht ausschliessen.

Das Wort »insbesondere« fehlte übrigens sowohl in den früheren Entwürfen, wie in den der gegenwärtigen Fassung des § 387 zu Grunde liegenden deutschen Prozessgesetzen:

Preuss. Entwurf von 1864 § 440. Bayerische Prozessordnung von 1869 Art. 386. Württembergische Prozessordnung von 1868 Art. 537.

Vgl. auch Protokolle der Prozesskommission für den in Hannover (im Auftrage der deutschen Bundes-

versammlung) ausgearbeiteten Entwurf S. 2486 ff., 5768 ff.

Erst die seit 1869 abgefassten Entwürfe enthalten diesen Zusatz, ohne dass die Motive über den Grund der Hinzufügung weiteren Aufschluss geben.

Es wäre, da ohnehin die verständige analoge Anwendung des Gesetzes dem Richter freisteht, um der Sicherheit der Rechtsübung willen besser weggelassen worden. Auch sind alle namhaften Kommentatoren der Prozessordnung darüber einig, dass sich kaum ein Fall einer wahren »gemeinschaftlichen« Urkunde denken lässt, welcher nicht unter die ausdrücklich genannten Rubriken fiele:

Vgl. z. B. Struckmann-Koch, v. Wilmowsky-Levy, v. Sarwey, L. Seuffert, Gaupp, v. Bülow ad h. l.

Die Vollmachtsurkunde, welche Puchelt h. l. noch daneben nennt, fällt unter die Rubrik »für die Personen, in deren Interesse sie errichtet sind«; ob die »Aufzeichnung eines dritten Zeugen über die Vorverhandlungen unter den Parteien« (v. Wilmowsky und Levy h. l.) dahin gehört, ist allgemein nicht zu entscheiden.

Aber zurückzuweisen ist doch durchaus die aus dieser Fassung des Gesetzes möglicher Weise hergeleitete Folgerung, dass es sich um blosse »Beispiele« handle, derart, dass das richterliche Ermessen völlig freien Spielraum habe:

So anscheinend (?) unter den Kommentatoren Endemann h. l. — wohl in Konsequenz seiner Parallelisirung der Editionspflicht mit der Zeugnisspflicht (Beweislehre des Civilprozesses S. 443).

Das Gesetz hat im Gegentheil, um Zweifel und Unsicherheit abzuschneiden, insbesondere um der mitunter versuchten ungemessenen Ausdehnung der Editionspflicht nach Art der Zeugnisspflicht entgegenzutreten, den immerhin unbestimmten Begriff der »gemeinschaftlichen Urkunden« in dem Sinne fixiren wollen und fixirt, in welchem er von der bisherigen gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis und insbesondere der neuen Civilprozessgesetzgebung Bayerns und Württembergs weitaus überwiegend anerkannt war.

Vgl. oben § 5.

Ueber die, C.P.O. § 387, als »Beispiele« genannten Fälle

ist die besonnene Praxis des gemeinen Rechts nicht hinausgegangen, vielmehr sehr häufig weit dahinter zurückgeblieben.

Abgesehen von den eigentlich gar nicht hierher gehörigen, vielmehr schon durch das römische Recht (actio ad exhibendum bezw. actio in factum und sonstige Klagen) normirten Fällen der Gemeinschaftlichkeit des Rechts an der Urkunde oder deren ausschliesslicher »Zugehörigkeit« an den Beweisführer:

vgl. oben § 5 S. 287 ff.

verstand man darunter entweder:

Lediglich Urkunden, welche über ein zwischen mehreren Interessenten abgeschlossenes Rechtsgeschäft errichtet waren:

z. B. v. Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. I S. 220 ff.;

wesentlich auch Seuffert, Praktisches Pandektenrecht § 434. Urtheil des Oberappellationsgerichts Jena 1835 (Seuffert's Archiv IV Nr. 169);

oder doch:

Urkunden über ein zwischen dem Beweisführer (bezw. dessen Rechtsvorgänger) und dem Inhaber der Urkunden bestehendes Rechtsverhältniss und zu dem Zwecke errichtet, um für den Inhalt dieses Rechtsverhältnisses beiden Theilen bezw. deren Rechtsvorgängern als Beweismittel zu dienen:

Urtheile des O.A.G.'s Lübeck 1875 (Seuffert's Archiv XXXII Nr. 196), vgl. Urtheile von 1841, 1852, 1857 (Frankf. [Sauerländer's] Sammlung III S. 398 ff.; Jurisprudenz — in bürgerlichen Rechtssachen — aus Lübeck, redigirt von Wunderlich, II S. 80, 81).

O.A.G. Darmstadt 1858 und sonst (Seuffert's Archiv XIII Nr. 291, auch Zeitschr. f. Handelsrecht II S. 291); vgl. Schäffer im Archiv f. praktische Rechtswissenschaft VI S. 129 ff. O.A.G. Celle 1840 (Seuffert's Archiv I Nr. 375). O.A.G. Kassel 1840 (eod. I Nr. 130). O.A.G. Wolfenbüttel 1840 (eod. XX Nr. 84) —;

oder doch mindestens:

Urkunden, welche sich objektiv auf das Rechts-

verhältniss des Beweisführers und des Gegners beziehen und im beiderseitigen Geschäftsinteresse errichtet sind, wenn auch nicht nothwendig in der Absicht, (überhaupt oder beiden Theilen) als Beweismittel zu dienen:

Urtheile des Oberappellationsgerichts Rostock 1873 (Seuffert's Archiv XXIX Nr. 85), 1846, 1850, 1853 (Buchka und Budde, Entscheidungen III S. 22 ff.), 1856 (Seuffert's Archiv XVI Nr. 157), womit wesentlich die Formulirung übereinstimmt, dass die Urkunde, um »gemeinschaftlich« zu sein, in »Angelegenheiten des Beweisführers und des Gegners« errichtet oder angefertigt sein müsse, z. B.: Glück, Pandektenkommentar XXII S. 108; M. Mittermaier, a. a. O. S. 25 ff., 78; v. Vangerow, Pandekten III § 708 S. 643; Renaud, Civilprozess S. 355 § 125; Demelius, Exhibitionspflicht S. 269 ff. und auch die freilich sehr unbestimmte Fassung Windscheids, Pandekten [auch 8. Aufl.] II § 474 a. E. sich in der Hauptsache deckt.

Nach keiner dieser Auffassungen genügt, ist vielmehr wiederholt als unzureichend in oberrichterlichen Entscheidungen bezeichnet, z. B. in den sehr gründlichen Urtheilen der Oberappellationsgerichte zu Lübeck und zu Rostock, dass der Editionsimplorant ein Interesse an Einsicht der Urkunde habe, oder auch nur, dass über dessen Rechtsverhältnisse die nicht im gemeinschaftlichen Interesse errichtete Urkunde Auskunft zu geben geeignet sein könnte. Vgl. oben § 5. Dagegen wird man nicht irren, wenn man von den nach vorstehender Ausführung in der gemeinrechtlichen Praxis vertretenen Auffassungen wesentlich die letzte, somit die Editionspflicht am weitesten ausdehnende (Oberappellationsgericht Rostock) durch die Civilprozessordnung sanktionirt findet. Dem entsprechen Wortlaut wie Inhalt der allgemeinen Rubrik nicht minder als die ausdrücklich hervorgehobenen Fälle.

Es reicht hiernach nicht aus:

1) dass die Urkunde über etwaige Rechtsverhältnisse oder darauf bezügliche Thatsachen Auskunft gibt, welche den Editionskläger betreffen, sofern diese Rechtsverhältnisse nicht dem

Editionskläger und dem Editionsbeklagten gemeinschaftliche sind;

2) dass die Urkunde ihrem Inhalt nach für die streitenden Theile gemeinschaftlich geworden ist, sofern sie es zur Zeit ihrer Errichtung nicht war (»errichtet ist« — »beurkundet sind«): die »Gemeinschaftlichkeit« muss bei der Errichtung vorhanden gewesen sein.

> Vgl. auch z. B. die Kommentare von Gaupp, Struckmann-Koch, Wilmowsky u. Levy, Endemann h. l. und l. 4 § 1 D. de edendo (2, 13): quas mei causa confecit[1];

endlich 3) dass die Urkunde ihrem Inhalt nach einmal eine für die Streitenden »gemeinschaftliche« war, sofern sie es zur Zeit der Erhebung der Editionsklage nicht mehr ist. Es besteht keine Editionspflicht in Betreff erledigter Rechtsverhältnisse:

> — ne forte supervacuas rationes — edi sibi postulet —, l. 6 § 2, l. 9 § 3, 4 D. de edendo (2, 13). Vgl. unten § 7.

C. Anwendung auf den Streitfall.

§ 7.

Die Pflicht zur Vorlegung oder gar zur Mittheilung von Handelsbüchern unter dem hier noch allein in Betracht kommenden Gesichtspunkt der »Gemeinschaftlichkeit des Inhalts« —

> denn dass ein anderer Editionsgrund des »bürgerlichen Rechts« nicht vorliegt und dass die Vorschriften des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs theils nicht zutreffen, theils sogar entgegenstehen, ist früher dargelegt worden: §§ 3—5. —

unterliegt durchaus den allgemeinen, im § 6 entwickelten Erfordernissen. Dass jedes »Handelsbuch« schlechthin und Jedermann gegenüber eine »gemeinschaftliche Urkunde« sei, ist eine völlig grundlose Annahme, welcher sogar das römische

---

[1] Dazu: Urtheil des Reichsgerichts III. C.S. vom 12. Mai 1882 (Seuffert's Archiv XXXVII Nr. 348).

Recht hinsichtlich der Rechnungsbücher der Bankiers nicht zur Seite, sondern entgegensteht.

Vgl. § 5 a. E.

S. auch die zahlreichen, gerade auf Handelsbücher bezüglichen und deren Pflicht zur Edition unter dem Gesichtspunkt der »Gemeinschaftlichkeit der Urkunden« verneinenden Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck (Frankfurter Sammlung [Sauerländer] III S. 398 ff., 406, IV S. 331). Gaupp, Kommentar zu C.P.O. II Anm. III zu § 387 Anm. III zu § 394.

Demgemäss kommt es nicht darauf an, ob die Handelsbücher der Gesellschaft X. & Cie. unter irgend einem denkbaren Gesichtspunkt zwischen dieser Gesellschaft und den Klägern als Theilerben des Kommerzienraths W. L. X. gemeinschaftliche Urkunden sind oder gar einmal gewesen sind, sondern ob sie dies gegenwärtig und zwar unter dem hier allein in Betracht kommenden Gesichtspunkt sind, weil sie Aufzeichnungen des Kommerzienraths W. L. X. oder dessen Mitgesellschafter enthalten, welche geeignet erscheinen, sei es relevante Rechtsbeziehungen zwischen den Klägern und der Gesellschaft X. & Cie. oder deren Theilhabern als solchen, sei es, und dies vornehmlich, kollationspflichtige Zuwendungen des Kommerzienraths X. an einige seiner Erben festzustellen. Indem das Urtheil der Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Köln gerade diesen entscheidenden Gesichtspunkt ignorirt und aus der in abstracto angenommenen Gemeinschaftlichkeit jener Handelsbücher zwischen der Gesellschaft X. & Cie. und dem Kommerzienrath X. die Editionspflicht der ersteren wider die Editionskläger folgert, verstösst es gegen die maassgebenden Rechtsgrundsätze.

1. Es ist insbesondere rechtlich völlig gleichgiltig, ob der Kommerzienrath W. L. X. seinerseits einmal berechtigt gewesen wäre, die Vorlegung dieser Bücher zu dem Behufe zu beanspruchen, um über diejenigen Rechtsverhältnisse, in welchen er als »Gesellschafter« oder als angeblicher »Kunde« zur Gesellschaft X. & Cie. gestanden hat, Auskunft zu erlangen. Nicht minder ist rechtlich völlig gleichgiltig, ob den Erben des Kommerzienraths X., allen zusammen oder auch nur einzelnen derselben besonders, ein Editionsrecht zu diesem

Behufe zugestanden haben würde. Denn diese Rechtsverhältnisse berühren hier überall nicht. Sie sind aber auch rechtlich vollständig erledigt.

Die Kolorirung, welche die Kläger in dieser Richtung ihren Ansprüchen gegeben haben, ist rechtlich durchaus unhaltbar, und erledigt sich damit zugleich von selbst und vollständig deren eventueller Anspruch auf Rechnungslegung, welchen die Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Köln zwar formell zurückgewiesen, materiell aber insofern für statthaft erachtet hat, als die »Rechnungslegung« in der Vorlegung der Handelsbücher enthalten sei.

Es steht — mindestens nach Behauptung der Beklagten — fest, dass der Kommerzienrath W. L. X. selbst und dass dessen Erben mit der Gesellschaft X. & Cie. vollständig abgerechnet haben.

In welcher Weise die »Abrechnung« vollzogen ist, erscheint rechtlich gleichgiltig; es genügt dazu, nach fester Praxis, sogar eine Nichtbemängelung des zugestellten Rechnungsauszuges, überhaupt aber jede, auch nur stillschweigende, wenn nur unzweideutige Anerkennung des im laufenden Geschäftsverkehr für den einen oder den andern Theil ordnungsgemäss, wenn auch nur einseitig festgestellten Gesammtschuldbetrags (Saldo). Die vollzogene Abrechnung kann nur noch durch den Nachweis des Betrugs oder Irrthums angefochten werden; solange die Anfechtung nicht durchgeführt ist, verbleibt es bei dem durch die Abrechnung bindend festgestellten Rechtsverhältniss.

H.G.B. Art. 294.

v. Hahn, Kommentar zu H.G.B. Art. 294, 291 (3. Aufl.) und die dort citirten Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Goldschmidt, in der Zeitschr. f. Handelsrecht X S. 556 ff.

Stobbe, Lehrbuch des deutschen Privatrechts III S. 81 [3. Aufl. S. 196].

Grünhut, in der Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht der Gegenwart (Gr.'s Zeitschr.) Bd. III S. 508 ff., 524 ff. und Cit.

Windscheid, Pandekten § 412b [8. Aufl. S. 777].

Nach Behauptung der Beklagten liegen nun sogar von der eigenen Hand des Kommerzienraths W. L. X. geschriebene

Privatbilanzen vom Jahre 1867 ab bei den Gerichtsakten; in diesem »Privatbilanzbuch« soll derselbe am Schlusse eines jeden Jahres sein Kapitalkonto durch Aufstellung sämmtlicher Saldi, also auch den Saldo bei der Firma X. & Cie. festgestellt und alljährlich die Richtigkeit dieser Aufstellung durch den Vermerk beglaubigt haben:

»Vorstehende Bilanz-Aufstellung meines Vermögens wird hiermit als richtig von mir anerkannt.

Köln (oder M.), den . . . .

gez. W. L. X.«

und dieses Privatbilanzbuch nebst den darin ausgesprochenen Anerkenntnissen soll derselbe jedes Mal, sofort nach Fertigstellung der jeweiligen Bilanz, seinem Sohne Theodor X., dem Theilhaber der Gesellschaft X. & Cie., übergeben haben.

Schwerlich lässt sich eine präzisere und unzweifelhaftere Form der Abrechnung, vollzogen zwischen einem geschäftsführenden Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, welcher sogar selbst die Bilanz aufmacht und den Saldo zieht, und einem zweiten geschäftsführenden Theilhaber derselben Gesellschaft, denken.

Es haben aber weiter, wie bereits in dem vorausgeschickten »Thatbestande« sub I (oben S. 258) erörtert ist, die sämmtlichen Erben die ihnen von dem geschäftsführenden Theilhaber der Gesellschaft Herrn Theodor X. vorgelegte Berechnung des Guthabens ihres Erblassers gegen die Gesellschaft X. & Cie. als richtig anerkannt. Es haben endlich die klagenden Erben, insbesondere durch die lediglich diesem Zwecke bestimmten wechselseitigen Schreiben, den Betrag des jedem Einzelnen gegen die Gesellschaft zustehenden bezw. von dieser als Schuldnerin übernommenen Guthabens festgestellt (oben S. 259).

Sie prätendiren auch jetzt nicht, wie zutreffend das Urtheil der Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Köln hervorhebt, dass ihnen irgend welche Ansprüche, mit Ausnahme der allseitig unstreitigen, gegen die Gesellschaft zustehen, noch behaupten sie, dass die Gesellschaft wider sie irgend welche Ansprüche erhebt; noch dass sie etwa gegen Dritte ihnen überwiesene Gesellschaftsschuldner dergleichen Ansprüche zu erheben berechtigt oder gewillt seien; noch endlich, dass sie von Dritten aus den Beziehungen ihres Erblassers zur Gesellschaft in Anspruch genommen werden. Die

Handelsbücher der Gesellschaft X. & Cie., welche allerdings zwischen dem Erblasser der Editionskläger bezw. diesen selbst und der Gesellschaft X. & Cie. insofern gemeinschaftliche waren oder gewesen wären, als dergleichen Rechtsverhältnisse in Frage standen, haben, falls sie solches einmal für die Erben waren, schlechthin und in allen Beziehungen aufgehört, gemeinschaftlich zu sein. Der Editionsanspruch aus dem Grunde auch der »Gemeinschaftlichkeit« besteht nicht um seiner selbst willen, sondern nur als Schutzmittel eines anderweitigen rechtlichen Interesses und cessirt mit diesem:

l. 3 §§ 9, 12 l. 19, l. 12 § ult. D. ad exhib. (10, 4).

Auch die l. 18 eod., welche nach Erlöschen des Schuldverhältnisses dem gewesenen Gläubiger eine Klage auf Herausgabe des Schuldscheins gewährt, geht nicht gegen den gewesenen Schuldner, sondern gegen den dritten Inhaber, z. B. bei Verletzung des noch bestehenden Eigenthumsrechts: »ab alio quam debitore.«

Vgl. auch Urtheil des Stadtgerichts zu Frankfurt a/M. (Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen [Sauerländer] IV S. 320): Nicht Editionsklage auf die Vertragsurkunde über einen wieder aufgehobenen Societätsvertrag. Heidenfeld in Behrend's Zeitschrift III S. 342.

Zum Behufe einer, übrigens anscheinend gar nicht bezweckten künftigen Anfechtung der vollzogenen Abrechnungen aber dürfte doch die beklagte Gesellschaft schwerlich verbunden sein, ihre Handelsbücher den Klägern vorzulegen! Oder sollten etwa »Rechnungsirrthümer« behauptet werden?!

Vgl. hamburgische Handelsgerichtszeitung von 1869 Nr. 104.

2. Angenommen weiter, dass die Handelsbücher der Gesellschaft, wie Kläger behaupten, Aufzeichnungen über die angeblich von ihrem Erblasser an einige seiner Söhne gemachten kollationspflichtigen Zuwendungen enthalten, so würden dergleichen Aufzeichnungen zwar die Rechtsverhältnisse der Kläger berühren, aber nicht solche, welche den Klägern mit der Gesellschaft X. & Cie. gemeinschaftlich wären. Es würde sich um Interessen nicht des Erblassers

oder dessen Erben in ihrer Eigenschaft als dessen Successoren, sondern lediglich um die Sonderinteressen einzelner Miterben gegen einander handeln, welche die Gesellschaft durchaus nichts angehen. Die Aufzeichnungen, welche diese Rechtsverhältnisse berühren, oder darüber Auskunft geben, wären »blosse Privatannotationen des Erblassers oder seiner Theilhaber«, auf deren Mittheilung unter dem Gesichtspunkt der »Gemeinschaftlichkeit« keinerlei Anspruch gegen die Gesellschaft bestände.

Vgl. z. B. Urtheil des Ober-Appellationsgerichts zu Oldenburg, 1848 (Seuffert's Archiv III Nr. 119), vgl. Celle, 1840 (eod. I Nr. 375); s. auch die früher citirten Urtheile des O.A.G.'s zu Lübeck (Frankfurter Sammlung III S. 398 ff., 406).

Um so weniger, als die allein denkbarer Weise, wenn auch nur thatsächlich die Gesellschaft berührenden Zuwendungen, welche durch die Aufnahme der Gebrüder Th., O. und W. X. in die Gesellschaft X. & Cie. und die mit dieser Aufnahme verbundenen Stipulationen, insbesondere die Festlegung des erblasserischen Guthabens in der Handlung, gemacht sein könnten, gar nicht dem Rapport unterliegen, Code Napoléon art. 854, es müsste denn — was durch das Urtheil der Civilkammer des Königl. Landgerichts vom 17. November 1880 als völlig grundlos verneint ist — nachgewiesen werden, dass der Erblasser, dessen in die Gesellschaft aufgenommene Söhne und der zur Familie nicht gehörige Theilhaber Herr A. M. sich zur Gefährdung der übrigen Erben freventlich verbunden hätten.

Waren oder wären also noch jetzt die Handelsbücher von X. & Cie. zwischen der Gesellschaft und dem Erblasser der Kläger oder diesen selbst hinsichtlich eines gewissen Inhalts gemeinsam, so doch nicht hinsichtlich ihres hier allein relevanten angeblichen Inhalts.

Man nehme, um dies zu verdeutlichen, folgenden Fall. A. steht mit B. in der Gesellschaft A. & Cie. In der geschäftlichen Korrespondenz zwischen A. und B. werden Verhandlungen, Verträge und dgl. erwähnt, welche zwischen A. und C. oder zwischen B. und D. oder zwischen C. und D. stattgefunden haben, oder Zuwendungen, welche A. gewissen Personen, künftigen Erben oder Dritten (X., Y., Z.) gemacht

hat, was aber alles die Rechtsbeziehungen zwischen A. und B. bezw. zur Gesellschaft A. & Cie. gar nicht berührt. Dürfte nun A., welcher aus der fortbestehenden Handlung A. & Cie. ausgetreten ist, oder dürften Erben des A. oder dürften X., Y., Z. oder dürften etwa C. oder D. von A. & Cie. die Vorlegung der Handelsbücher von A. & Cie. als »gemeinschaftlicher« Urkunden begehren, um darauf Ansprüche gegen C. oder (X., Y., Z.) gegen dritte Personen (Miterben u. s. w.) zu gründen, oder sich gegen Ansprüche von D. oder C. zu vertheidigen? Nur wer diese Frage bejaht, dürfte dies auch für unsern Fall thun.

3. Weder also liegt der Fall vor, dass die betreffenden Handelsbücher von X. & Cie. in ihrem hier allein relevanten Inhalt im Interesse der Gesellschaft X. & Cie. einerseits und des Erblassers der Kläger oder dieser selbst andererseits errichtet sind; noch dass in denselben in ihrem hier allein relevanten Inhalt gegenseitige, d. h. zwischen der Gesellschaft X. & Cie. einerseits und dem Erblasser der Kläger oder diesen selbst andererseits bestehende oder auch nur bestandene Rechtsverhältnisse beurkundet sind — da ja vielmehr die etwa zwischen dem Erblasser und dessen Kindern oder zwischen diesen unter einander begründeten, aus den Handelsbüchern der Gesellschaft ersichtlichen rechtlichen Beziehungen die Gesellschaft in keiner Weise berühren und zu dergleichen Aufzeichnungen die Handelsbücher der Gesellschaft weder bestimmt waren, noch sind —; noch dass es sich um »Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft« handelt; noch endlich treffen die für jede »gemeinschaftliche« Urkunde geltenden wesentlichen rechtlichen Kriterien hier zu.

Wie in der deutschen gemeinrechtlichen Praxis derartige, aber für die Editionsklage noch weitaus günstiger liegende Fälle behandelt worden sind, zeigt u. A. der schon mehrfach erwähnte, in den Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck (Sammlung in Frankfurter Rechtssachen [Sauerländer] Bd. IV S. 319 ff.) mitgetheilte Rechtsfall. —

4. Der angestellten Editionsklage steht überdies entscheidend folgender Grund entgegen.

Nach der Sachlage besteht kein Zweifel, dass die Kläger, behufs Ermittelung angeblich rapportpflichtiger Zuwendungen, eine soweit irgend angängig allgemeine

Durchmusterung der Handelsbücher der Gesellschaft X. & Cie. begehren.

Nun aber ist die »Mittheilungspflicht« nur in bestimmten Fällen, unter denen keiner vorliegt, zugelassen, in allen übrigen gesetzlich ausgeschlossen,

vgl. oben § 3 —,

die Editionspflicht von Handelsbüchern aber, soweit solche auf »Gemeinschaftlichkeit des Inhalts« der Handelsbücher gestützt wird, sicherlich dem Dritten gegenüber nicht in einem weiteren Umfange begründet als gegenüber dem Prozessgegner.

Ist, nach C.P.O. § 394 — weit über das in einem grossen Theile Deutschlands bisher geltende Recht hinausgehend — der Dritte aus denselben Gründen, wie der Gegner des Beweisführers zur Edition verbunden, so versteht sich auch, dass er dazu nicht in einem weiteren Umfange verbunden sein kann, als der Prozessgegner.

Die Grenze, welche in dieser Beziehung die ausdrücklich, im Interesse der nothwendigen Wahrung der Geschäftsgeheimnisse aufrecht erhaltenen Bestimmungen des Art. 38 des D.H.G.B.'s hinsichtlich der Handelsbücher ziehen,

vgl. oben § 2 —,

gilt nothwendig auch dem Dritten gegenüber, ja diesem gegenüber aus noch gewichtigeren Gründen. Es würde, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, jedem verständigen Auslegungsgrundsatz, der klaren Intention des Gesetzes, dem nothwendig zu berücksichtigenden und jeder Zeit anerkannten Bedürfniss des Handelsstandes, somit jeder Regel einer vernünftigen Gesetzespolitik widerstreiten, sollte der editionspflichtige Dritte sich eine allgemeine Durchmusterung seiner Handelsbücher — und zwar auch nur innerhalb der von der Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Köln gezogenen Grenzen — gefallen lassen, damit die Editionskläger in den Stand gesetzt werden, statt für bestimmt formulirte Behauptungen genau bestimmte Beweismittel herbeizuschaffen, das fehlende Behauptungsmaterial zu beschaffen oder, unter dem blossen Scheine bestimmter Behauptungen, aus einer Durchmusterung fremder Handelsbücher mögliches Beweismaterial zu gewinnen.

Vgl. oben § 3 a. E., auch Hamburgische Handelsgerichtszeitung 1873 Nr. 243, 1871 Nr. 64.

5. Endlich stände einer auf Grund des § 387 der Deutschen C.P.O. gleichwohl anzunehmenden Editionspflicht der beklagten Partei die vertragsmässige Ausschliessung dieser Editionspflicht entscheidend entgegen.

D. Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages.

§ 8.

1. Der am 26. Juni 1869 zwischen dem Kommerzienrath W. L. X., Herrn A. M. und den Herren Th., O. und W. X., unter Zustimmung der Frau E. X. geborenen S., notariell geschlossene Societätsvertrag bestimmt unter Ziffer 5, dass durch den Austritt oder den Tod des Herrn W. L. X. die Societät nicht aufgelöst werden solle, und unter Ziffer 6 wörtlich:

> »Durch den Todesfall eines Associés während der Vertragsdauer wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, die Erben des gestorbenen Associés haben kein anderes Recht, als auf Grundlage der letzten, vor dem Todestage abgeschlossenen und von sämmtlichen Associés genehmigten, respektive unterschriebenen Bilanz ihre Abfindung zu verlangen, gleichviel welche Werthansätze darin aufgenommen sind. An weiteren Geschäftsresultaten partizipiren die Erben nicht; sollte jedoch ihr Erblasser seit dem Tage der letzten Bilanz noch Einschüsse geleistet haben, so müssen letztere selbstverständlich unter Vergütung von 4 Prozent Zinsen restituirt werden. Einsicht in die Bücher ist den Erben nicht gestattet; desgleichen ist Siegelanlage, Inventarisation und jede andere gerichtliche Einmischung unbedingt ausgeschlossen.«

Diese namentlich in Bankgesellschaftsverträgen bekanntlich überaus häufige Stipulation ist augenscheinlich nur gegen diejenigen Erben eines der Theilhaber gerichtet, welche nicht Theilhaber der ungeachtet des Todes ihres Erblassers — gleichviel unter welchen Personen — fortbestehenden Societät waren oder wurden. Sie setzt den Fall, dass einer der genannten Theilhaber — gleichviel welcher — durch Tod aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheidet.

Ihre Tendenz ist klar. Sie will die fortbestehende Gesell-

schaft gegen jede, stets lästige, unter Umständen höchst gefährliche Offenbarung ihrer Geschäftsverhältnisse und Geschäftsgeheimnisse an irgend welche Personen, welche nicht Gesellschafter sind, schützen. Sie beruht nicht, oder doch, augenscheinlich, nicht vorwiegend in einem Misstrauen gegen die ja noch unbekannten Erben eines ausscheidenden Gesellschafters, sondern in dem Vertrauen auf die Mitgesellschafter, von deren Ehrenhaftigkeit und Gewissenhaftigkeit erwartet wird, dass sie auch ohne Rechtszwang zur Offenbarung der jeweiligen Vermögensverhältnisse, für das Vermögensinteresse der Erben des verstorbenen Theilhabers ausreichende Sorge tragen werden.

Sie unterstellt, dass den Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters an sich ein Recht auf Einsicht der Handelsbücher der fortbestehenden Gesellschaft zukomme, da gegenüber einem Nichtrecht dieser Erben sie als überflüssig keinen Sinn hätte. Sie untersucht aber nicht, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange dieses Recht bestehen könnte — was ja auch, nach Lage der Sache, sich sehr verschieden gestaltet,

vgl. oben §§ 5, 7.

Sie will aber klar, dass jegliches derartige Recht, welches etwa an sich einem der Erben zustehen könnte, im Interesse der fortbestehenden Gesellschaft ausgeschlossen sein solle. Mit andern Worten: es soll einem jeden derartigen, an sich rechtlich begründeten Anspruch eines nicht zur fortbestehenden Gesellschaft gehörigen Erben eines der Gesellschafter die Einrede einer die Editionspflicht ausschliessenden Vereinbarung, exceptio pacti ne edatur, rechtswirksam entgegenstehen.

Diese Vereinbarung hat aber gleichzeitig die weitere wichtige Wirkung, dass ein einzelner Gesellschafter, welcher in Verletzung derselben den Erben eines verstorbenen Gesellschafters irgend welche, gleichviel wie beschränkte Einsicht in die Handelsbücher, d. h. überhaupt in die Geschäftspapiere der Gesellschaft gestatten wollte, vertragswidrig handeln, ja sich der Gefahr einer Auflösungs- bezw. Ausschliessungs-Klage seitens seiner Mitgesellschafter aussetzen würde:

H.G.B. Art. 94, 125, 128.

2) Die Rechtsgiltigkeit einer derartigen Vereinbarung unterliegt keinem Zweifel.

Soweit die Editionspflicht u. dgl. auf den Grundsätzen des Societätsrechts beruht, ist jede dieselbe einschränkende Vereinbarung sogar durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift mit der einzigen selbstverständlichen Ausnahme gestattet, dass bei nachgewiesener Unredlichkeit das gesetzliche Recht wieder in Kraft tritt:

H.G.B. Art. 105, vgl. Art. 90, Z. 2 — Art. 160, vgl. Art. 157 — Art. 253.

Wenn schon nach Auflösung der Gesellschaft die Nothwendigkeit unbedingter Offenbarung der Handelsbücher an Dritte, gegen welche das persönliche Vertrauensverhältniss der Gesellschafter nicht besteht, für die gewesenen Gesellschafter, zumal solche, welche etwa den Handelsbetrieb fortsetzen, die schwersten Nachtheile mit sich führen kann,

vgl. auch Brinckmann, Handelsrecht S. 196 Note 18, S. 199 Note 29,

so leuchtet dies um so mehr ein bei Fortbestand der Gesellschaft.

Wurden doch aus diesem Grunde von den kaufmännischen Mitgliedern der Berliner Sachverständigenkonferenz (1856) sogar gegen die unbedingte Mittheilungspflicht der Handelsbücher »in Gesellschaftstheilungssachen« Bedenken erhoben, welche nur durch das allseitige Einverständniss darüber, dass für Gesellschaftsangelegenheiten beliebige abweichende vertragsmässige Feststellung gestattet sei, gemindert wurden, wie man denn auch darüber einig war, dass sogar die einseitige Mittheilung einer »Bilanz« an den nur von einem Gesellschafter einseitig betheiligten Dritten (H.G.B. Art. 98) die übrigen Gesellschafter befuge, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

Protokolle über die Berathungen mit kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen, betreffend den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Berlin 1856 (Manuskript), S. 14, 29, 33.

Aber auch, sofern es sich nicht um eine, die sehr weitgehenden gesetzlichen Societätsrechte auf Einsicht, Mittheilung, Vorlegung der Handelsbücher einschränkende Vereinbarung handelt, sondern um eine vertragsmässige Modifikation der anderweitigen engeren Editionspflicht, mag es sich um die Editionsgründe des § 387 Z. 1 der C.P.O. oder um

den Editionsgrund der »Gemeinschaftlichkeit« gemäss § 387 Z. 2 der C.P.O. handeln, ist, und zwar nicht allein, nach der klaren Gesetzesvorschrift des Art. 90 H.G.B.'s, unter den Gesellschaftern bezw. deren Rechtsnachfolgern, sondern — was hier sogar unerheblich wäre — ganz allgemein die modificirende Vereinbarung statthaft. Denn wie bereits wiederholt erwähnt,

vgl. oben § 4,

gehört die gesammte Editionspflicht, auch auf Grund der sog. »Gemeinschaftlichkeit der Urkunden«, nicht dem zwingenden öffentlichen Recht, sondern dem dispositiven Privatrecht an; wollte man aber etwa unrichtig den Editionsgrund der »Gemeinschaftlichkeit« als einen wahren prozessrechtlichen Rechtssatz behandeln, so würde derselbe doch in die sehr zahlreiche Klasse nur dispositiver Prozessrechtssätze gehören, wie denn z. B. sogar aussergerichtliche und vor schwebendem Prozess getroffene Vereinbarungen über den Gerichtsstand unbezweifelt Geltung haben (C.P.O. § 38).

S. auch O. Bülow, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 64 S. 1 ff.

Endlich sind diese Vereinbarungen im Gebiete des rheinischen Rechts lange vor dem Inkrafttreten der Deutschen Civilprozessordnung eingegangen zu einer Zeit, da in dem Rechtsgebiete der Paciscenten die Vorschriften des gegenwärtig geltenden Rechts über die Editionspflicht Dritter aus dem Grunde der blossen »Gemeinschaftlichkeit des Inhalts« von Urkunden, zumal von Handelsbüchern, unstreitig nicht, sicher nicht in gleichem Umfange in Geltung gestanden haben. Und es versteht sich, dass die in jener Zeit gültig geschlossenen Verträge durch eine lediglich die Grundsätze des Verfahrens betreffende sogenannte »rückwirkende Kraft« der Prozessgesetze nicht haben ausser Kraft gesetzt werden können, vielmehr die einmal vertragsmässig begründeten Rechte schlechthin zu schützen sind.

Vgl. C. J. A. Mittermaier, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 10 S. 125.

Renaud, Civilprozessrecht (2. Aufl.) § 8 S. 19 Note 5.

3) Anlangend endlich die Tragweite der Ziffer 6 des Gesellschaftsvertrags vom 26. Juni 1869, so erachtet die Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Köln

die Stipulation im vorliegenden Falle für unanwendbar, weil dieselbe nicht auch den erst nach geschehenem Austritt erfolgenden Tod eines Theilhabers vorsehe und treffe.

Dem Wortlaut des Vertrags entspricht diese Auffassung, nicht dessen unverkennbarem Sinn. Nach dieser Auslegung hätten z. B. die Erben des Herrn A. M. oder des Herrn Th. X. kein Recht auf Einsicht der Gesellschaftsbücher, falls ihr Erblasser 24 Stunden vor dem für seinen freiwilligen Austritt festgesetzten Zeitpunkt stürbe; sie hätten dagegen das Recht der Einsicht, sofern der Tod ihres Erblassers 24 Stunden nach diesem Zeitpunkt erfolgen sollte. Augenscheinlich wäre das sinnlos.

Es müssen drei Fälle unterschieden werden und ist dabei zu beachten, dass nach dem Willen der Kontrahenten die Gesellschaft unter den überlebenden Theilhabern fortgesetzt werden sollte, und zwar noch sehr lange Zeit, denkbarer Weise sogar weit über den 1. Januar 1884 hinaus.

Vgl. oben den Thatbestand S. 257 f.

1. Der nächstliegende Fall war, dass einer der Theilhaber aus der im Uebrigen fortbestehenden Societät durch Tod ausschied. In diesem Falle hätte ja unzweifelhaft dessen Erben an sich das Recht zugestanden, die Vorlegung der Gesellschaftsbücher insoweit zu begehren, als zur Feststellung ihrer Ansprüche gegen die Gesellschaft und umgekehrt, oder der aus dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft für die Erben gegen Dritte entstandenen Rechtsverhältnisse erforderlich war.

Vgl. oben § 5 S. 287 ff.

Für diesen nächstliegenden Fall besagt die Vereinbarung, dass die nicht in der Gesellschaft stehenden Erben sich mit einer von den Mitgliedern der Gesellschaft anzufertigenden Bilanz, einschliesslich selbstverständlich einer Mittheilung über das Kapitalkonto ihres Erblassers, zu begnügen haben, ohne deren Richtigkeit durch Einsicht der Bücher prüfen zu dürfen. Dass ihnen zu irgend welchen weitern Zwecken ein Editionsrecht nicht zukam, verstand sich zwar von selbst, wurde aber durch das weitergehende, ganz ausnahmslose Verbot:

»Einsicht der Bücher ist den Erben nicht gestattet«,

ausdrücklich festgestellt.

2. Entfernter lag der Fall, dass einer der Theilhaber vor seinem Tode ausschied, ohne eine endgiltige Regulirung mit

der fortbestehenden Gesellschaft bis zu seinem Tode herbeizuführen. Es mag zweifelhaft sein, ob die Paciscenten an diesen Fall gedacht haben — aber als vorsichtige Geschäftsleute hatten sie sicherlich keinen Grund, denselben auszuschliessen und sie mussten für diesen Fall verständiger Weise Gleiches feststellen, wie für den ersten Fall.

3. Einer der Theilhaber trat vor seinem Tode aus der Gesellschaft aus und regulirte endgiltig durch gehörige Abrechnung seine Beziehungen zu der fortbestehenden Gesellschaft.

Es darf zugegeben werden, dass sogar ein äusserst vorsichtiger, ja pedantischer Geschäftsmann nicht auf den Gedanken gerathen konnte, es würden trotz solcher definitiven Abmachung einzelne seiner Erben aus irgend welchem Grunde den Versuch machen, Edition der Handelsbücher, auf deren Einsicht sie ja keinerlei Recht besassen, zu erlangen, und es wäre denkbar, dass diesem Begehren durch den Richter entsprochen würde. Eine auch diesen Fall betreffende Vereinbarung musste somit durchaus überflüssig erscheinen.

Immerhin aber versteht sich, dass das Editionsverbot für diesen Fall wo möglich noch mehr im Sinne der Paciscenten liegen musste als für jeden der beiden anderen Fälle, und dass sie auf Befragen erklärt hätten:

> Sollte, was uns freilich schwer glaublich erscheint, es für diesen Fall noch eines ausdrücklichen Editionsverbotes bedürfen, d. h. sollte Jemand es für denkbar erachten, dass den Erben eines bei Lebzeiten ausgetretenen Gesellschafters, welcher selbst sich definitiv mit seinen Mitgesellschaftern auseinandergesetzt hat und lediglich noch Gläubiger eines völlig unstreitigen Geldbetrages der Gesellschaft gegenüber ist, ein Anspruch auf Vorlegung der Handelsbücher der fortgesetzten Gesellschaft unter irgend welchem Titel zustehe,
>
> > sei es des Handelsrechts oder des bürgerlichen Rechts oder der sog. »Gemeinschaftlichkeit der Urkunden«,
> > sei es, um Ansprüche gegen die Gesellschaft oder gar unter einander auf diese Weise zu beweisen oder gar zu eruiren,
>
> so versteht sich hiermit die ausdrückliche und unbedingte Untersagung einer derartigen Befugniss.

Mit dieser Auffassung wird in den Societätsvertrag nicht hineingetragen, was ausserhalb desselben liegt, sondern nur aus demselben entwickelt, was als der regelmässige geschäftsübliche Wille verständiger Kontrahenten erscheint:

> entsprechend dem für die Auslegung der Handelsgeschäfte noch besonders gesetzlich eingeschärften Grundsatz der Artikel 278, 279, vgl. Art. 90 Abs. 1 des A. D. Handelsgesetzbuchs, sowie den gleichen Grundsätzen des
>
> Code Napoléon art. 1135, 1159, 1160
>
> und des römischen Rechts:
>
> l. 31 § 20 D. de aedil. ed. (21, 1): ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent venire.
>
> l. 114 D. de R. J. (50, 17): in obscuris inspici solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet, vgl. l. 34 eod.

Denn, wie in der Praxis, namentlich des Reichs-Oberhandelsgerichts, stets festgehalten worden ist, muss jeder Zweifel über den Willen der Betheiligten, welcher sehr wohl von dem Wortsinn verschieden sein kann, in demjenigen Sinn gelöst werden, welcher der Auffassung und Sitte redlicher Männer, insbesondere solider Kaufleute entspricht:

> Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. I. (2. Aufl.) S. 308—310, insbes. Note 13, 14, S. 335 bis 337.
>
> v. Hahn, Kommentar zum D.H.G.B. Bd. II. (3. Aufl.) S. 78 ff.

Dass allein diese Auffassung dem Willen insbesondere des Erblassers der Kläger entspricht, erhellt schon daraus, dass derselbe bereits im Societätsvertrage vom 26. Juni 1869 sein Ausscheiden nicht allein durch Tod, sondern schon vorher durch Austritt vorgesehen, und für diese verschiedenen Fälle, welche er hinsichtlich der Rechtsstellung seiner Erben wesentlich gleich behandelte, Vorkehrungen getroffen hatte:

> vgl. §§ 4, 5, 6 des Gesellschaftsvertrages;

endlich aus dem im Prozess produzirten Schreiben, das derselbe am 7. Mai 1874, wenige Wochen vor seinem Austritt, an die (sämmtlichen?) übrigen Theilhaber der Gesell-

schaft X. & Cie. gerichtet hat, und dessen einschlägiger Passus mir folgendermaassen mitgetheilt ist:

> »Wahrscheinlich werdet Ihr Ende dieses Jahres Ueberfluss an disponibeln Mitteln haben. Dann möchte ich um diese Zeit aus Gründen mancherlei Art austreten. In erster Reihe wünsche ich Euch nicht in die unangenehme Lage zu setzen, dass die Miterben bei meinem Ableben berechtigt sind, zur Feststellung meines Nachlasses Einsicht in Eure Bücher zu nehmen.«

Der Kommerzienrath X. ging somit davon aus, dass, wenn etwa gesetzlich seinen Erben Einsicht in die Bücher der Gesellschaft X. & Cie. zustehen sollte, — er hat darunter wahrscheinlich aber, da § 6 des Gesellschaftsvertrages im Uebrigen klar entgegenstand, nur die dort erwähnte Bilanz verstanden — jedenfalls mit seinem früheren Ausscheiden und der an dieses sich selbstverständlich knüpfenden Abrechnung mit der Gesellschaft jedes derartige Recht ausgeschlossen sein werde, wie dies denn auch in der That nach dem Gesetz der Fall war. —

Schluss.

Die Untersuchung hat den zwar umständlichen, aber doch sicheren Weg eingeschlagen, zunächst ohne Rücksicht auf die Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages die Statthaftigkeit der erhobenen Klage zu prüfen.

Das Ergebniss dieser Prüfung lässt sich dahin zusammenfassen:

1. Ein durchaus selbstständiger, von erfolgter Fristgewährung in einem schwebenden Hauptprozesse unabhängiger Editionsprozess gegen Dritte aus dem Grunde der »Gemeinschaftlichkeit der Urkunden« ist unstatthaft (§ 1); wollte man solchen gestatten, so würde sich die Editionspflicht nicht nach den Grundsätzen der Deutschen Civilprozessordnung, sondern nach dem maassgebenden bürgerlichen Recht, hier dem rheinischen bestimmen (§ 1).

2. Die Editionspflicht hinsichtlich der Handelsbücher ist überhaupt erheblichen Einschränkungen unterworfen (§ 2).

3. Eine Pflicht zur Vorlegung der Handelsbücher besteht

nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch nur dem Prozessgegner gegenüber, die davon verschiedene Mittheilungspflicht ist in einem Falle der vorliegenden Art gesetzlich ausgeschlossen und darf nicht unter dem Scheine einer nur begehrten Vorlegung erstrebt werden (§ 3).

4. Die Editionspflicht gehört, auch nach den Grundsätzen der Deutschen Civilprozessordnung, nicht dem öffentlichen Recht an (§ 4).

5. Eine Editionspflicht »nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts« (C.P.O. § 387 Z. 1) besteht im vorliegenden Falle nicht: weder nach den Vorschriften des Handelssocietätsrechts, noch nach den maassgebenden Grundsätzen des rheinischen bürgerlichen Rechts, noch nach den hier nicht maassgebenden Vorschriften des römischen Rechts, den allgemeinen und den besonderen von den argentarii geltenden, noch endlich nach der Praxis der deutschen obersten Gerichte (§ 5).

6. Die Handelsbücher der Gesellschaft X. & Cie. sind nicht »ihrem Inhalte nach« für die Editionskläger und die beklagte Gesellschaft oder deren Theilhaber »gemeinschaftliche Urkunden« (C.P.O. § 387 Z. 2). Die genaue Analyse dieses Begriffs sowohl nach dem geltenden Recht der Deutschen Prozessordnung wie nach dem früheren gemeinen Recht (§ 6) ergibt vielmehr, dass dessen Voraussetzungen im vorliegenden Streitfalle durchaus fehlen, indem diejenigen Rechtsverhältnisse, hinsichtlich welcher eine »Gemeinschaftlichkeit« denkbar wäre, mindestens unstreitig oder völlig erledigt sind, durch Aufzeichnungen aber, welche etwaige rapportpflichtige Zuwendungen des Kommerzienraths W. L. X. an einzelne seiner Erben ergeben könnten, eine »Gemeinschaftlichkeit« des Inhalts dieser Aufzeichnungen zwischen der Gesellschaft X. & Cie. und den Editionsklägern überall nicht begründet worden ist (§ 7).

7. Die gesetzlichen Einschränkungen hinsichtlich der Editionspflicht von Handelsbüchern stehen auch den Editionsklägern entgegen, welche in Wahrheit darüber hinaus sogar eine »Mittheilung« der Handelsbücher erstreben (§ 7 a. E.).

8. Durch § 6 des Societätsvertrages vom 26. Juni 1869 ist schlechthin und rechtlich wirksam, nach früherem wie nach geltendem Recht, jede Einsicht der Editionskläger in die Bücher der fortbestehenden Handelsgesellschaft X. & Cie. aus-

geschlossen (§ 8). Durch diese weder dem guten Glauben noch der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufende, vielmehr der Billigkeit und dem Handelsgebrauch entsprechende, den guten Glauben schützende Vereinbarung erledigt sich jeder in der rechtlichen Beurtheilung des Streitfalles etwa noch mögliche Zweifel:

> Code Napoléon art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

10.

ALTE UND NEUE FORMEN
DER
HANDELSGESELLSCHAFT.

VORTRAG,
GEHALTEN IN DER
JURISTISCHEN GESELLSCHAFT ZU BERLIN.

(1892.)

Erwarten Sie nicht, dass ich in der knapp bemessenen Zeit eines Vortrags eine ausführliche geschichtliche Darlegung des Ursprungs und der allmäligen Entfaltung der verschiedenen Formen wirthschaftlicher Associationen versuche. Es scheint mir angemessen, mich auf gewisse leitende, die Franzosen würden sagen »philosophische« Gesichtspunkte zu beschränken, zumal ich vor Kurzem die Entstehungsgeschichte der typischen Urformen eingehend dargelegt habe[1]. Die allgemeine geschichtliche Betrachtung soll mir ermöglichen, von einem weiteren Standpunkt aus die neueste, noch in dem Stadium der legislativen Behandlung stehende Gesellschaftsform der kritischen Prüfung nach dem Maasse meiner Einsicht und Erfahrung zu unterziehen, und ich darf für diesen Versuch wohl aus dem Umstande eine gewisse Berechtigung entnehmen, dass ich mich seit 40 Jahren[2] unablässig mit der Ergründung von Bau und Funktionen des europäischen Gesellschaftsrechts beschäftigt habe.

I.

Wenn wir in dem berühmten Worte des Aristoteles: »*ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῶον*« den ewigen Kern aller richtigen Staatslehre, mit dem grossen Denker den Staat als die nothwendige Form dauernder Verbindung zusammenlebender Menschen anerkennen, daher die vielverbreiteten Spekulationen

---

[1] Universalgeschichte des Handelsrechts. 1. Liefr. (Handb. des Handelsrechts. 3. Aufl. I. Erste Abtheilung. 1891), insbes. S. 254—298.

[2] De societate en commandite. spec. I. Halis 1851; Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten. Abth. 1 u. 2. Heidelberg 1857/58. Gutachten über den Entwurf eines deutschen H.G.B.'s nach den Beschlüssen zweiter Lesung. Erlangen 1860 u. s. f.

von der angeblich staatenlosen Menschheit einer Urzeit, von willkürlichen Verträgen, durch welche die Staaten entstehen und bestehen sollen, als gleichermaassen ungeschichtlich wie psychologisch unmöglich verwerfen, so verhält sich dies freilich anders mit denjenigen Verbindungen der Menschen, welche zu sonstigen, gemeinsam verfolgten Privatzwecken eingegangen werden. Weder sind sie selbst naturnothwendig, noch lassen sich wirthschaftliche oder geschichtliche Gesetze für ihre, nur nach wechselnden wirthschaftlichen Bedürfnissen und Zweckmässigkeitserwägungen bestimmten Formen ermitteln. Immerhin reichen auch sie in die Anfänge der beglaubigten Geschichte hinauf. Bereits in altassyrischer Zeit, gegen 2000 Jahre vor unserer Zeitrechnung, finden wir Handelsassociationen, sogar von langer Dauer, mit einer Art von Firma, indem die Gesellschaft nach ihrem Haupte benannt wird[1]. Und, wenngleich wir gar nichts wissen von Associationen, so wenig als von sonstigen Rechtseinrichtungen des grössten Handelsvolkes der orientalischen Welt, der Phönizier und Karthager, so wird doch die Existenz von Handelsgesellschaften auch bei ihnen sich nicht bezweifeln lassen. Dagegen ist wohl bekannt die Fülle hellenischer Associationen für die verschiedensten, auch wirthschaftlichen Zwecke. Nur sind wir leider über deren Organisation aus den sehr lückenhaften Fragmenten der Gesetze, aus den Erörterungen der attischen Redner und den nicht immer zuverlässigen Konstruktionen ihrer Philosophen um so unvollkommener unterrichtet, als eine juristische Literatur völlig fehlt, und die in grosser Fülle vorhandenen Urkunden, die zuverlässigsten Zeugnisse hellenischen Rechts, in dieser Hinsicht nur spärlichen Aufschluss gewähren.

Endlich ist unsere Kenntniss sogar des römischen Gesellschaftswesens und Gesellschaftsrechts eine sehr lückenhafte. Wie tief und sicher auch dieses grösste Rechtsvolk aller Zeiten den juristischen Kern und die leitenden Prinzipien der »societas« erfasst und mustergültig formulirt hat, so vermögen wir doch aus der theils unzureichenden, theils überaus abstrakten Ueberlieferung kein klares Bild von der unzweifelhaften Mannigfaltigkeit der Societäten und von der besonderen

[1] Z. B. Eugène Revillout, les obligations en droit Egyptien comparé aux autres droits de l'antiquité. Appendice sur le droit de la Chaldée. Paris 1886, p. 275 ff.

Struktur ihrer einzelnen Arten zu gewinnen. Wir wissen nur, dass neben der, wohl vorherrschenden Gelegenheitsgesellschaft auch die Gewerbs-, Handels- und Industrie-Gesellschaft bestanden haben, dass beide in der Regel nach Art unserer stillen Gesellschaft betrieben wurden, aber auch unserer offenen und unserer Kommanditgesellschaft ähnlich sein konnten; dass es für gewisse, überwiegend verwaltungsrechtliche Zwecke grosse Associationen von Kapitalisten mit korporativer Verfassung (societates publicanorum sive vectigalium) gegeben hat, mit anscheinend freier Veräusserlichkeit und mindestens beschränkter Vererblichkeit der Antheile, insofern unsern heutigen Aktienvereinen in wichtigen Beziehungen ähnlich, aber doch schwerlich in den für die juristische Struktur entscheidenden Punkten gleich normirt.

Immerhin ist ein bedeutsames Moment nicht zu ignoriren. Der dem gesammten Alterthum eigenthümliche hauswirthschaftliche und zugleich kapitalistische Grossbetrieb, nämlich durch die abhängigen Familienglieder, insbesondere durch die selbst einen bedeutsamen Theil des Kapitalvermögens bildenden Sklaven, hat auch die Gestaltungen der Societät erheblich beeinflusst. Eine mindestens thatsächliche Association bestand häufig zwischen dem Hausherrn und seinen Gewaltunterworfenen, desgleichen dieser unter einander; eine auch juristische zwischen Sklaven oder Hauskindern verschiedener Hausherren, und mindestens das praetorische Recht gewährte bekanntlich aus den Rechtsgeschäften der Gewaltuntergebenen verschiedenartige Nebenklagen gegen den Gewalthaber: actio de peculio, tributoria, quod jussu, exercitoria, institoria. So konnte der Gewalthaber mehrerer oder konnten die mehreren Gewalthaber des gleichen Sklaven den Geschäftsgläubigern in sehr verschiedener Weise haften: beschränkt auf Höhe des Sonderguts, und zwar unter Vorwegabzug der eignen Forderung (a. de peculio) wie ohne solche (a. tributoria) — oder unbeschränkt auch mit dem sonstigen Vermögen, die mehreren je nachdem solidarisch oder nur antheilig. So verhält es sich noch im justinianischen Recht, sogar hinsichtlich der Hauskinder, trotz der allmäligen Anerkennung eigenen Kinderguts. Es waren so durch das Mittel der Sklaven und Hauskinder die verschiedensten Associationsformen ermöglicht, ja es zog prinzipiell der Gewerbebetrieb durch die Gewaltunterworfenen

eine nur beschränkte Haftung des Hausherrn nach Art unserer Kommanditgesellschaft nach sich. Die Association mehrerer Gewaltfreien aber trug in der Regel den Charakter unserer stillen Gesellschaft, da die einzelnen socii auf ihren alleinigen Namen zu kontrahiren pflegten, die Gläubiger derselben also gegen die übrigen socii nur mit der cedirten actio pro socio klagen konnten; war der Antheil der übrigen an dem Gesellschaftsverlust vertragsmässig beschränkt, so galten durchaus die Grundsätze des Art. 258 unseres Deutschen Handelsgesetzbuchs. Die weitverbreitete Auffassung, es sei nach römischem Recht eine nur beschränkte Haftung der Socien unstatthaft, ist so eine durchaus unbegründete; ja es findet sich im corpus iuris nicht einmal dem einzelnen Schuldner verwehrt, von vornherein seine Haftung aus dem betreffenden Rechtsgeschäft auf einen bestimmten Maximalbetrag zu begrenzen, und es bildete diese beschränkte Haftung die Regel bei allen mittelst frei wirthschaftender Sklaven oder Hauskinder betriebenen Gewerbe. —

Im Mittelalter ist die Sklaverei allmälig erloschen und hat die alte Hausgewalt über die Kinder sich immer mehr gelockert. Auch gab es keine oder doch nur wenige grosse Kapitalisten, deren eigenes Vermögen für den Betrieb weitaussehender oder riskanter Handels- oder Industrie-Unternehmungen ausgereicht hätte. So konnten denn in der Hauptsache nur durch Associationen von Freien grössere wirthschaftliche Unternehmungen durchgeführt werden: durch gegenseitige von Kapital und Arbeit oder durch nur einseitige von Kapital zu Arbeit.

Als daher, nach Vernichtung des antiken Grosshandels, zuerst in den Mittelmeerländern der Verkehr wiederum einen kräftigeren Aufschwung nimmt, begegnen wir alsbald zwei Formen der Vergesellschaftung. Die eine, und zwar die älteste, ist die mittelalterliche commenda, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung des Kapitalisten, ursprünglich für den überseeischen, später auch für den Binnenverkehr verwendet — sie bildet die Grundlage sowohl der heutigen Kommanditgesellschaft wie der heutigen stillen Gesellschaft und findet sich früh in den verschiedensten Varietäten. Sie lehnt sich, nach sicheren Spuren, an bereits aus dem Alterthum überkommene Geschäftsformen — an antikes »Vulgärrecht« — an. Wie der heutige, so hatte auch der mittelalterliche, z. B.

venetianische oder genuesische Kapitalist sein Kapital meist in verschiedenen Spekulationsunternehmungen stecken und pflegte an jeder nur mit einem genau begrenzten Betrage betheiligt zu sein, während sein durch Gewinnantheil interessirter, häufig kapitalloser Gesellschafter, mitunter auch ein Kommissionär oder Handelsbediensteter die Geschäfte auf eigenen Namen und so unter rechtlich unbeschränkter Haftung führte.

Dagegen in dem engeren Kreise der Familienangehörigen, insbesondere zwischen Brüdern (societas fratrum) oder sonst einander nahestehenden Personen, pflegte eine Zusammenwerfung des ganzen Vermögens oder doch beträchtlicher Theile desselben zu gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb auf gemeinschaftlichen Namen (die heutige Gesellschaftsfirma) stattzufinden. So vornehmlich im Binnenverkehr, namentlich im Handwerk, in der Fabrikation, später auch im Bankwesen. In Folge dauernder Uebung bildete sich allmälig der Gewohnheitsrechtssatz, dass die einzelnen Mitglieder einer solchen Gesellschaft einander aktiv und passiv vertreten, im Prinzip jeder für alle handeln dürfe, aber auch für alle solidarisch und unbeschränkt haften müsse. Endlich bestand die, wohl mit der ursprünglichen Familiengemeinschaft zusammenhängende Rechtsanschauung, dass das gemeinschaftliche Societätsgut ein durch die Societätszwecke rechtlich gebundenes gemeinschaftliches Sondervermögen (»Gesellschaftsvermögen«) bilde, somit der einseitigen Verfügung der einzelnen socii oder deren Gläubiger entzogen sei. Mit alle dem und der Gesellschaftsfirma, deren verbindlicher Gebrauch auf dem nun anerkannten Prinzip der freien Stellvertretung beruhte, war die, über das römische Recht hinausgehende feste Struktur derjenigen Gesellschaftsart begründet, welche wir heute als offene Handelsgesellschaft (»Kollektivgesellschaft«) bezeichnen.

Die beiden Gesellschaftsarten haben sich wesentlich unabhängig von einander entwickelt und stehen selbstständig neben einander. Die weit verbreitete Annahme, dass die Kommanditgesellschaft eine modifizirte, nur unter besonderen Voraussetzungen statthafte Abart der offenen Handelsgesellschaft sei, ist historisch wie dogmatisch gleich irrig. Nur haben beide Gesellschaftsarten auf einander eingewirkt, schon das spätere italienische, insbesondere aber das französische

Recht hat sie in zahlreichen Punkten und nicht immer unbedenklich assimilirt; es hat sich endlich hieran die schärfere Scheidung zweier Arten der alten commenda, nämlich der Kommanditgesellschaft einerseits und der stillen Gesellschaft andererseits geknüpft, welche in dem Deutschen Handelsgesetzbuch, zur Freude aller Bewunderer juristischer Subtilitäten, ebenso konsequent wie praktisch unglücklich durchgeführt ist. —

Endlich gehört gleichfalls bereits dem italienischen Mittelalter die dritte Hauptform unserer Handelsgesellschaften, nämlich die Aktiengesellschaft an, welche auf dem Grundgedanken zugleich veräusserlicher und vererblicher wie die Haftungsgrenze darstellender Antheile beruht. Allein sie wurzelt nicht, gleich den beiden ersten Formen, in Handel und Industrie, sondern im öffentlichen Anlehenswesen, findet sich zuerst als Kolonialgesellschaft und hat stets ein Stück publizistischen Charakters bewahrt, wenngleich sie sachlich allmälig, insbesondere seit der völligen Freigebung der Aktienvereinsbildung, auf den Boden des reinen Privatrechts verpflanzt worden ist. Zur Demokratisirung wie Mobilisirung der Kapitalien und zu den nur dadurch ermöglichten gewaltigen wirthschaftlichen Unternehmungen, aber auch zu allen daran naturgemäss sich knüpfenden Gefahren und Missbräuchen hat sie mehr als irgend eine andere Gesellschaftsform beigetragen; sie bewahrt die ihr naturgemäss anhaftenden Mängel als nothwendige Korrelate ihrer grossen wirthschaftlichen Vorzüge.

Was gleichzeitig an ähnlichen, aber weniger scharf ausgeprägten Gesellschaftsbildungen im Gebiete der rein germanischen Handelsvölker, etwa in Deutschland und Skandinavien begegnet, ist, gleich vielen anderen germanischen Privatrechtsbildungen, schliesslich dem reicher und konsequenter durchbildeten romanischen Recht unterlegen. Am spätesten ist hier die reine Aktiengesellschaft durchgedrungen. Dagegen finden sich schon früh und anscheinend originär derselben ähnliche gesellschaftliche Verbindungen, welchen gemeinsam ist der Charakter eines »Mehrheitsverbandes« mit vererblichen und veräusserlichen Antheilen an einem gewissen Sachenkomplex. Wenn die Grundlage des ursprünglichen Aktienvereins ein Kapitalfonds (mons, monte) bildet, welcher sich juristisch als ein Komplex von Anlehensforderungen gegen

den Staat darstellt, so ist hier das mehr sinnliche Substrat ein Bergwerk, ein Salzwerk, eine Mühle, ein Seeschiff mit seinem Zubehör. Die Miteigner dieses Sachenkomplexes stehen in einer eigenthümlichen, bald mehr societätsmässigen, bald mehr korporativen Verbindung. So in den Gewerkschaften und Pfännerschaften, den Mühlengenossenschaften, den Rhedereien, den Gehöferschaften.

Während aber der Aktienverein sich immer schärfer zu einem reinen Kapitalverband entwickelt, mit dem ein für alle Mal festbegrenzten Grundkapital, dessen Antheile, mindestens im kontinentalen Recht, zugleich die maximale Haftungsgrenze für jeden einzelnen Theilnehmer darstellen, findet sich in diesen verwandten Gebilden sehr häufig, schliesslich gesetzlich das Zubussesystem anerkannt in Verbindung mit einem sehr merkwürdigen Abandonsystem. Die einzelnen Theilhaber sind so verbunden, unter Umständen auch über ihren arithmetisch begrenzten Werthantheil an dem Gemeingut hinaus, zu den Lasten und Schulden des gemeinsamen Unternehmens beizutragen, sofern sie nicht durch Aufgabe ihres Antheils sich dieser Zubussepflicht entziehen.

Sehen wir einstweilen von diesen, in wichtigen Beziehungen abweichenden Zubussegesellschaften ab, so gewinnen wir in den bezeichneten drei Grundformen der Gewerbsgesellschaft nach zwei Richtungen hin die charakteristischen Typen: einmal hinsichtlich des wirthschaftlich wie juristisch gleich wichtigen Eintheilungsgrundes nach der Kreditbasis, zweitens aber hinsichtlich der allgemeinen juristischen Gestaltung.

In erster Beziehung liegt es auf der Hand: dass die offene Gesellschaft ihren Kredit, somit das Maass ihrer Fähigkeit, Geschäfte auf Kredit einzugehen, der solidaren und zugleich unbeschränkten Haftung aller Theilnehmer für die Gesellschaftsschulden entnimmt; dass gerade umgekehrt der Kredit der Aktiengesellschaft lediglich auf dem das einzige Haftungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger bildenden Vereinsgut beruht, der einzelne Aktionär überhaupt nicht »haftet«, sondern nur bis zur Maximalhöhe seines Antheils oder seiner Antheile für die Gesellschaftsschulden »einsteht«; endlich dass die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft zwischen beiden die Mitte halten, indem zwar ein oder mehrere Gesell-

schafter unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden haften, ein oder mehrere aber nur bis auf Höhe ihrer Einlage für dieselben einstehen, wobei dahingestellt bleiben mag, ob auch nur bei der Kommanditgesellschaft eine »direkte Haftung« der Kommanditisten anzunehmen ist oder sich empfiehlt. —

Diese verschiedene Gestalt der Kreditbasis tritt somit hervor in der verschiedenen Haftung nach aussen, und zwar nur darin, während im Innern diese verschiedenen Gesellschaften ganz gleichartig sein können und der Vereinbarung der Betheiligten freier Spielraum gelassen ist. So steht nichts im Wege, dass die offene Gesellschaft oder die Kommanditgesellschaft sich mit einem festen, in gleiche Grundtheile zerlegten Aktienkapital bildet, oder dass in der offenen Gesellschaft ein oder mehrere Gesellschafter gegen die übrigen eine nur begrenzte Haftung übernehmen. —

In der z w e i t e n Beziehung unterliegt es keinem irgend gegründeten Zweifel, dass die Aktiengesellschaft eine juristische Person ist, und zwar, nach ihren überwiegenden Merkmalen Korporation, wenngleich mit wichtigen Elementen aus der zweiten Klasse der juristischen Personen, den sogenannten Anstalten oder Stiftungen, durchsetzt; durch die hier regelmässigen Sonder-Vermögensrechte der einzelnen Theilhaber gegen den Verein unterscheidet sie sich zwar häufig thatsächlich, aber nicht begrifflich von solchen Korporationen, welchen diese korporativen Sonderrechte fehlen.

Umgekehrt sind weder die offene noch die Kommandit-Gesellschaft juristische Personen, sondern wahre, wenngleich in mannigfachen Beziehungen eigenthümlich gestaltete Societäten. Der Kampf gegen die ganz schablonenhafte, äusserliche Auffassung der französischen Doktrin, welche alle Handelsgesellschaften als juristische Personen behandelt, dürfte doch für die deutsche Theorie und Praxis im Wesentlichen entschieden sein, wenngleich noch immer nicht alle Konsequenzen der richtigen Auffassung gezogen werden. Vor mehr als 30 Jahren prophezeite mir in längerer Unterredung der scharfsinnige und gelehrte, aber ganz französischrechtlich gebildete Referent der Nürnberger Handelsgesetzkommission, Geheimrath Heimsoeth, ich würde »bei reiferer Einsicht mich der französischen Auffassung anschliessen«; heute darf ich konstatiren, dass weder an mir, noch an der weit überwiegenden

Mehrheit denkender Fachgenossen diese Prophezeiung sich bewahrheitet hat[1].

Aber noch ein anderes Prinzip ist siegreich durchgekämpft worden. Gleichfalls im Anschluss an die damals für mustergiltig erachtete französische Gesetzgebung hatte der preussische Entwurf des Handelsgesetzbuches den verhängnissvollen Satz an die Spitze gestellt: »Das Gesetz erkennt drei Arten von Handelsgesellschaften an« (§ 85), nämlich die bereits besprochenen drei Grundformen (§ 86). Damit war der Kreis der Associationsformen gesetzlich geschlossen, das Handelsgesetzbuch für die einzige maassgebende Rechtsquelle erklärt. Auch diese schwerwiegenden Sätze sind gefallen[2]. Man erkannte, dass es unstatthaft sei, der durch die Entfaltung des Unternehmungsgeistes hervorgerufenen Bildung neuer Gesellschaftsformen einen gesetzlichen Riegel vorzuschieben. Ja es ist sogar neuerdings, nach freilich hartem Kampfe gegen die doktrinäre Befangenheit einflussreicher Praktiker, gelungen, die neue Gesellschaftsform der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mit beschränkter Haftung zur gesetzlichen Anerkennung zu bringen und so, trotz mancher legislatorischen Missgriffe, der freien Bethätigung wirthschaftlicher Kräfte in der Hauptsache ausreichenden Spielraum zu gewähren.

Die Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften bilden überhaupt eine besondere Gesellschaftsart, je nach ihrer besonderen Gestaltung den offenen oder den Aktiengesellschaften verwandt, aber doch von beiden in dem wirthschaftlichen wie dem juristischen Grundprinzip verschieden. In der Hauptsache bestimmt, Ergänzungswirthschaften der in ihrer Selbstständigkeit verbleibenden Einzelwirthschaften zu sein, sind sie auf den Wechsel der Mitglieder und ihrer Kapitalien berechnet, Gesellschaften mit freiem Ein- und Austrittsrecht und deshalb auch mit wechselndem Kapital (sociétés à capital variable). Durch die in der Hauptsache richtige legislative Gestaltung dieser eigenthümlichen Gesellschaftsart haben

---

[1] Vgl. Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht, Bd. 30 S. 469 ff., Bd. 31 S. 1 ff. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (Berlin 1887) S. 435 ff.; Goldschmidt, System des Handelsrechts im Grundriss, 3. Aufl. 1891 S. 118 ff. [4. Aufl. S. 129 ff.].

[2] S. dagegen meine Kritik d. preuss. Entwurfs, I (1857) S. 57 ff.

wir einen wichtigen Vorsprung gegenüber allen ausländischen Gesetzgebungen gewonnen, welche diese Gesellschaftsart theils überhaupt nicht ausreichend normiren, theils, wie das französische Recht und die diesem nachgebildeten Gesetzbücher, unter die nicht geeigneten drei Hauptformen der Handelsgesellschaft, als »modifizirte« offene, Kommandit-Aktien-Gesellschaften, pressen[1].

Haben wir uns hier und in manchen anderen wichtigen Rechtstheilen endlich von dem maassgebenden Vorbild des Auslandes frei gemacht, dürfen wir betonen, dass unser deutsches Handelsrecht, dessen Doktrin und Praxis in der Hauptsache auf eigenen Füssen steht, so wird begreiflich, dass wir im erfreulichen Gefühle unserer Kraft es wagen, mit durchaus originellen Rechtsschöpfungen auch da vorzugehen, wo uns bisher jedes Vorbild fremdländischer Gesetzgebung fehlt.

II.

Ein derartiger Versuch wird gegenwärtig gemacht. Der aus der Initiative hochangesehener Grossindustriellen hervorgegangene, vom Reichsjustizamt ausgearbeitete, vom Bundesrath genehmigte Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit liegt dem Reichstage vor, hat nur vereinzelten Widerspruch erfahren und ist bereits mit geringen Modifikationen von der Kommission des Reichstages angenommen worden.

Aber wohlverstanden, es handelt sich um eine durchaus neue, noch nirgends in der Welt erprobte Gesellschaftsform. Es verhält sich insbesondere ganz anders als bei den »Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht«, welche lange vor ihrer reichsgesetzlichen Regelung in grosser Zahl bestanden und sich bewährt hatten, zum Theil ohne gesetzlichen Schutz, zum Theil sogar, wenngleich unvollkommen, gesetzlich geregelt: in Bayern und Sachsen, in Oesterreich-Ungarn, der Schweiz, den meisten europäischen Staaten. Es ist bekannt, dass die Urheber dieses jetzt greif-

[1] Goldschmidt, Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, Studien und Vorschläge, 1882 (Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht Bd. 27 S. 1 ff.). Vgl. denselben: Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften nach dem Reichsgesetze vom 1. Mai 1889, Zeitschr. Bd. 37 S. 23 ff.

bare Form gewinnenden legislativen Gedankens, die Reichstagsabgeordneten Dr. Hammacher und Geheimrath Oechelhäuser, sehr verschiedene Grundprinzipien für die neue Gesellschaftsform vertreten haben, und es ist klar, dass der im Reichsjustizamt mit grossem technischen Geschick ausgearbeitete Gesetzentwurf eine Art von Kompromiss zwischen diesen verschiedenen Grundgedanken erstrebt. Die leitenden Prinzipien desselben sind überwiegend den Grundsätzen des Aktienrechts, wichtige jedoch dem Recht der offenen Handelsgesellschaft, andere dem Recht der vorhin charakterisirten Zubussegesellschaften (Gewerkschaft, Rhederei) entnommen.

Wenn hervorragende Kenner des deutschen Wirthschaftslebens, wenn die Mehrzahl der deutschen Handelskammern darin übereinstimmen, dass die bisher gesetzlich anerkannten Gesellschaftsformen für die Erreichung wirthschaftlicher Zwecke nicht ausreichen, so muss den so gekennzeichneten Interessen durch das positive Recht ausreichender Schutz verliehen werden. Insofern stehe ich der Gesetzesvorlage durchaus sympathisch gegenüber und erachte es für unzulässig, mit O. Bähr[1] dem legislativen Versuche mit der Behauptung entgegenzutreten, dass solcher nur dem »Schwindel« zu Gute kommen werde. Aber immerhin scheint mir grosse Vorsicht geboten.

Den Hinweis darauf, dass in England sich angeblich gleiche Gesellschaften bereits erprobt hätten, vermag ich nicht als begründet anzuerkennen. Bekanntlich lässt das englische Recht — abgesehen von einigen, neuerdings vermehrten Fällen[2] — weder die Kommandit- noch die stille Gesellschaft zu, vielmehr besteht prinzipiell für Gesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit lediglich die Form der Aktiengesellschaft, aber diese ist gesetzlich auch solchen Gesellschaften zugänglich gemacht, welche nicht Aktiengesellschaften im technischen Sinne unseres Rechts sein wollen. Denn indem das englische Aktiengesetz von 1862 gestattet, dass das im Prospekt oder Statut normirte und registrirte Grundkapital ein nur nominelles bleibt, d. h. dass die Aktiengesellschaft als

---

[1] »Gesellschaften mit beschränkter Haftung«. Grenzboten, Februar 1892.

[2] Ges. v. 5. Juli 1865 u. Ges. v. 14. August 1890 s. 2, 3. (Zeitschr. f. das ges. Handelsr. X S. 124, XXXIX S. 540.)

Korporation ins Leben tritt, sobald überhaupt nur die nothwendigen sieben Mitglieder je eine Aktie gezeichnet haben, ergibt sich die rechtliche Möglichkeit, dass unter dem Namen einer Aktiengesellschaft mit einem gewollten Grundkapital von 10 000 £, getheilt in 100 Aktien, sich sieben Personen zu einer korporativen Gesellschaft verbinden, deren wirklich gezeichnetes Gesellschaftskapital nur 700 £ beträgt. Diese angeblich erprobten Gesellschaften des englischen Rechts mit beschränkter Haftbarkeit sind somit formell fertige, materiell unfertige — wir würden sagen: missbräuchliche — Aktiengesellschaften, und ob sich beispielsweise solche auf 10 000 £ projektirte, aber mit einem Kapital von nur 700 £ ins Leben getretene Gesellschaften in Wirklichkeit bewährt haben, ist, trotz mehrfacher Bemühungen, mir zu ergründen nicht gelungen. Ohnehin dürfte um so mehr von dem angeblichen englischen Vorbild abzusehen sein, als bekanntlich seit geraumer Zeit in England selbst ernstlich erwogen wird, ob nicht ein wirklich vollgezeichnetes Grundkapital an Stelle des nur nominellen Grundkapitals zu setzen sei, womit denn diese eigenthümliche Abart einer nur formellen Aktiengesellschaft selbstverständlich sofort ausgeschlossen wäre. Im Uebrigen kennt freilich das englische Recht zwei Formen der Aktiengesellschaft, welche sich der bei uns projektirten Gesellschaftsform nähern: die verhältnissmässig seltene Aktiengesellschaft »limited by guarantee« und diejenige Aktiengesellschaft, deren Statut bestimmt, dass eine gewisse Rate des Aktiennominalwerths erst eingefordert werden dürfe, wenn dies bei der Liquidation bezw. im Konkurse erforderlich wird (sog. »reserve liability«); beide Arten sind wahre Aktiengesellschaften, aber materiell mit Zubussepflicht.

Ich gehe mithin von der Unterstellung aus, dass das Bedürfniss nach Schaffung einer neuen, und zwar noch nirgends erprobten Gesellschaftsform vorliegt, und will nicht mit den Befürwortern derselben und den Motiven des Regierungsentwurfs untersuchen, in welchen Fällen und aus welchen Gründen die bisher anerkannten Gesellschaftsformen nicht zureichen; denn in dieser Richtung liesse sich ja sehr streiten. Nur Zweierlei wäre zu betonen:

Obwohl ich, im Gegensatz zu Bähr, das Prinzip der beschränkten Haftung keineswegs perhorrescire und die von

Bähr drastisch ausgemalte Unsicherheit aller Kreditverhältnisse von deren Anerkennung keineswegs befürchte, vielmehr finde, dass der schmählichste Kreditmissbrauch, nämlich die gewissenloseste und frivolste Verschleuderung fremder Kapitalien auch unter dem System der unbeschränkten Haftung stattzufinden pflegt, desgleichen dass der Einsicht des Publikums die Prüfung überlassen werden muss, inwieweit es Gesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit, welche sich ja als solche anzukündigen haben, Kredit schenken will — so besteht doch unleugbar die Gefahr, dass mit deren Anerkennung auch wirklich potente Kapitalisten und auch in solchen Fällen, wo innere Gründe eine solche Beschränkung nicht rechtfertigen, das bequemere, weil weniger verantwortungsvolle System der beschränkten Haftung wählen werden. Im Prinzip sind unzweifelhaft die offene Gesellschaft, ja die Kommandit- und stille Gesellschaft solider und kreditwürdiger als die Gesellschaften mit nur beschränkter Haftbarkeit aller Theilnehmer; es erscheint daher nicht gerathen, die letzteren auf Kosten der ersteren zu begünstigen. Ein Unternehmen, von wenigen Personen betrieben, für welches Niemand im äussersten Falle die unbeschränkte Verantwortlichkeit übernehmen will, dürfte nur unter ganz besonderen Umständen wirthschaftlich gerechtfertigt sein. Es steht zu befürchten, dass die neue Gesellschaftsform der offenen Gesellschaft, der Kommandit- und stillen Gesellschaft, desgleichen der unter Umständen sehr angezeigten Kommanditgesellschaft auf Aktien eine keineswegs unbedenkliche Konkurrenz in dem Sinne machen wird, dass nunmehr mit Vorliebe die neue Gesellschaftsform gewählt wird. Ja gerade hierin, in der Gefahr der Verdrängung dieser prinzipiell solideren Gesellschaftsformen, nicht, wie von Bähr und Anderen betont wird, in der befürchteten Konkurrenz mit den Aktiengesellschaften, möchte ich die Hauptbedenken gegen die Gesetzesvorlage finden.

Ich habe früher einmal, in meinen »Studien über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften« den Satz ausgesprochen, »es sei wünschenswerth, durch das Bewusstsein unbeschränkter, wenn auch nur im äussersten Falle eintretender gegenseitiger Verantwortlichkeit sowohl das sittlich spornende und veredelnde Gefühl innerer Zusammengehörigkeit zu stärken, wie auf eine möglichst umfassende Mitthätigkeit oder doch Kon-

trole jedes einzelnen Mitgliedes hinzuwirken«; ferner, dass »wo die Möglichkeit des steten eigenen Eingreifens, der eigenen Aufsicht und Leitung besteht, kein Grund vorliegt, von der prinzipiell unbeschränkten Haftung auch für die Handlungen beauftragter Dritter und Genossen abzugehen«. An diesen Sätzen halte ich unbedingt fest. Es erscheint mir äusserst bedenklich, mit der Gesetzesvorlage schlechthin die beschränkte Haftung aller Mitglieder zum Beispiel in solchen Fällen zuzulassen, wo ein wirthschaftliches Unternehmen auf mehrere Erben gelangt, wo der bisherige Alleinunternehmer das Geschäft an zwei oder mehr Personen veräussert oder neben diesen nur noch mit einem gewissen Kapital betheiligt bleiben will. Sicherlich ist es in allen diesen Fällen bequemer, falls die beschränkte Haftbarkeit aller Betheiligten zugelassen wird; aber ohne Hinzutritt besonderer Umstände vermag ich in dieser Bequemlichkeit keinen ausreichenden Grund für die Aufgabe des naturgemässen Haftungsprinzips zu finden.

Zweitens ist die Frage nicht zu umgehen, ob denn solche Unternehmungen, für welche die beschränkte Haftbarkeit aller Betheiligten angemessen erscheint, nicht, wie bisher, in der Form der Aktiengesellschaften ihre ausreichende Gestaltung finden können.

Zunächst will ich wiederholen, dass ich von der projektirten Gesellschaftsform keineswegs, wie Bähr annimmt, eine erhebliche Gefährdung des bestehenden Aktiengesellschaftsrechts besorge. Zwar sollen auch hier die Geschäftsantheile vererblich und veräusserlich, allein es soll zu deren Abtretung schlechthin ein in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossener Vertrag erforderlich sein. Damit scheiden die Geschäftsantheile dieser Gesellschaften aus dem Kreise der »Börsenwerthe« aus. Wo die börsenmässige Aktiengesellschaft indicirt ist, welche für ihre Papiere einen Markt sucht, ist die neue Gesellschaftsform unbrauchbar; sie könnte daher nur den wenig gefährlichen Aktiengesellschaften, deren Aktien in einem engen Kreise Betheiligter oder deren Rechtsnachfolger wesentlich stabil bleiben, ernstliche Konkurrenz bereiten.

Aber es bleibt, wie bemerkt, die Frage, weshalb nicht für solche Gesellschaften die durch unser Aktiengesetz keineswegs ausgeschlossene Form von nur unter erschwerenden Voraus-

setzungen übertragbaren Antheilsscheinen gewählt wird, während im Uebrigen es für sie bei dem bestehenden Recht der Aktiengesellschaften bewendet. Dem werden zwei Gründe entgegen gehalten:

Einmal wird behauptet, dass unser Aktienrecht, insbesondere das neue Gesetz von 1884 dem Unternehmungsgeist kaum überwindliche Schranken gezogen habe. Man findet diese insbesondere in den lästigen Gründungsvorschriften und in der gesetzlichen Verantwortlichkeit des Aufsichtsraths, führt auch die allerdings sehr schwerfällige und wenig übersichtliche Form des neuen Aktiengesetzes ins Feld. Nun fühle ich mich nicht berufen, für die letztere eine Lanze einzulegen; dagegen kann ich keineswegs in den prinzipiellen Tadel gegen den materiellen Inhalt dieses Gesetzes einstimmen, finde auch nicht, dass dasselbe erfahrungsmässig gute oder schlechte Gründungen verhindert hat. Mindestens aber wäre es sehr verkehrt, das vor Kurzem nach langen mühseligen Vorarbeiten erlassene Aktiengesetz dadurch indirekt zu beseitigen, dass man die Bildung von Gesellschaften mit durchaus gleichen Zielen ohne die strengen Vorschriften dieses Gesetzes gestattet. Sind wirklich diese Vorschriften eine unerträgliche Fessel des Unternehmungsgeistes, so möge man an die direkte Reform des Aktiengesetzes gehen, und man würde in dem so gerne gepriesenen englischen Recht mindestens ein ausreichendes Vorbild für sehr häufige legislatorische Wandelungen des Aktiengesellschaftsrechts finden. —

Viel gewichtiger ist ein zweites Bedenken. Es gibt in der That Unternehmungen, für welche die Vorschriften unseres Aktiengesetzes undurchführbar oder doch unzweckmässig erscheinen, obwohl diese Unternehmungen nur unter beschränkter Haftbarkeit aller Betheiligten durchgeführt werden können. Aus diesem Grunde sind bekanntlich durch das Reichsgesetz vom 19. März 1888 die deutschen Kolonialgesellschaften von der strikten Innehaltung des Aktiengesetzes eximirt, indem das Reichsgesetz ihre Geschäfts- und Gerichtsfähigkeit ausschliesslich an einen Beschluss des Bundesraths auf Grund ihres vom Reichskanzler genehmigten Statuts geknüpft hat. Da es nun aber unmöglich erscheint, auf diesem Wege der Spezialgesetzgebung allen begründeten Sonderinteressen gerecht zu werden, so muss versucht werden, für solche Sonder-

interessen eine allgemeine Norm zu geben. Aber hier darf, nach meiner Ueberzeugung, die Gesetzgebung nur insoweit ihren Arm bieten, als ein unzweifelhaft begründetes Interesse vorliegt, welches in der Form der bestehenden oder zu reformirenden allgemeinen Gesetze seine angemessene Befriedigung nicht zu finden vermag.

Ich vermag als solches lediglich die erstrebte Zubussepflicht anzuerkennen.

Im Gegensatz zu dem vorhin geschilderten englischen Aktiengesetz, welches thatsächlich die Möglichkeit einer Kapitalserweiterung wie Kapitalsreduktion nach wechselndem Bedürfniss zulässt, beruht bekanntlich unser kontinentales Aktienrecht auf dem starren Grundprinzip des fixirten, in seiner statutenmässigen Höhe sogleich, noch vor der Konstituirung durch Zeichnung zu sichernden Grundkapitals. Freilich ist es möglich, und z. B. bei den Versicherungsgesellschaften auf Aktien sogar allgemein üblich, dass die Volleinzahlung des gezeichneten Grundkapitals über das gesetzlich nothwendige Viertel hinaus sich nur allmälig nach Bedürfniss oder gar nur eventuell vollzieht, aber weder kann der Aktionär die gehörig ausgeschriebene Einzahlung der rückständigen Raten rechtlich weigern, noch hat umgekehrt der Aktienverein einen Rechtsanspruch gegen die Aktionäre auf theilweise Zurücknahme der geleisteten Einlagen oder auf Zuschüsse. Soll eine Verminderung des Betriebskapitals unter das Grundkapital stattfinden, so bleibt nur der umständliche und schwierige Weg der gesetzmässigen Kapitalsreduktion; soll eine Erhöhung des Betriebskapitals über das Grundkapital hinaus eintreten, so bleibt nur der sehr bedenkliche Weg der Belastung durch Schuldaufnahme, namentlich durch sogenannte Prioritätsobligationen, oder der Versuch einer beschlussmässigen Erhöhung des Grundkapitals, welcher nicht nur thatsächlich scheitern kann, sondern auch rechtlich an dem Widerspruch eines Viertels des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals scheitert. Desgleichen lässt sich das durch die Generalversammlung erhöhte Grundkapital nur im Wege der gesetzmässigen Reduktion wiederum mindern. Kurz: die mangelnde Elastizität des ursprünglichen oder erhöhten Grundkapitals verhindert die kontinentale Aktiengesellschaft, sich völlig den wechselnden Bedürfnissen des kaufmännischen Unternehmens

anzupassen. Hier erscheint eine Aushülfe angezeigt, indem das System der Zubussegesellschaften in geeigneter Weise anerkannt wird.

Von diesem Bedürfniss aus hat bekanntlich die ganze auf die neue Gesellschaftsform gerichtete Bewegung ihren Ausgangspunkt genommen, und nur in der Befriedigung dieses Bedürfnisses vermag ich für jetzt einen ausreichenden Grund zu erkennen, neben der Aktiengesellschaft eine neue Form der Kapitalgesellschaft zu schaffen.

III.

Es ist bereits erwähnt, dass in den Kreisen der Betheiligten zwei Hauptansichten gegenüberstanden und noch stehen, welche mit den Schlagworten der »individualistischen« und der »kollektivistischen« Gesellschaft charakterisirt werden. Nach der einen soll die neue Gesellschaftsform in der Hauptsache »Personengesellschaft« sein und denjenigen Bedürfnissen dienen, welche man bisher in der Form der offenen wie der Kommandit- oder stillen Gesellschaft zu befriedigen gewohnt war. Nach der zweiten soll dieselbe wesentlich »Kapitalgesellschaft« sein und in der Hauptsache, obwohl mit dem Zubussesystem, also in Anlehnung an die Gewerkschaft, die Stelle der Aktiengesellschaft vertreten können. Je nachdem der eine oder der andere Gesichtspunkt an die Spitze gestellt wird, muss die Gesammtgestaltung der neuen Gesellschaftsform eine ganz verschiedene sein.

Der Entwurf vermittelt. Er nimmt in der Hauptsache das sogenannte kollektivistische System an, ordnet demgemäss die neue Gesellschaftsform nach Art der Aktiengesellschaft, lässt aber durch seine Vorschriften die Möglichkeit offen, dass diese Gesellschaft sich auch mehr nach Art der offenen oder der Kommanditgesellschaft organisirt, ja lediglich denjenigen Bedürfnissen dient, welche herkömmlich in Form dieser Gesellschaften befriedigt zu werden pflegen.

So heisst es z. B. in § 6:

> »Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, dass sämmtliche Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sein sollen« u. s. f.
>
> § 7. »Sind mehr als drei zu Geschäftsführern nicht bestellte Gesellschafter vorhanden« u. s. f. —

Es ist also an Gesellschaften auch von wenigen, vielleicht nur zwei oder drei Theilnehmern gedacht.

Insbesondere sind in den §§ 46 ff. für die Verhältnisse unter den Gesellschaftern nur subsidiäre gesetzliche Vorschriften aufgestellt, so dass es z. B. einerseits den Gesellschaftern unverwehrt ist, das Prinzip der Stimmeneinhelligkeit für alle Gesellschaftsbeschlüsse festzusetzen, andererseits die komplizirte Form eines mit Generalversammlung und Aufsichtsrath ausgestatteten Mehrheitsverbandes zu wählen.

In den Beschlüssen der Reichstagskommission ist das individualistische Element sogar noch verstärkt, insbesondere durch Zulassung der Personenfirma neben der vom Entwurf allein gestatteten Sachfirma.

Nun habe ich weder gegen die möglichste Elastizität dieses neuen Gesellschaftsrechts, noch gegen die Weitherzigkeit, mit welcher man gewisse Rechtssätze der offenen und der Aktiengesellschaft zu kombiniren versucht hat, einen prinzipiellen Einwand. Aber ich möchte doch darauf hinweisen, dass Kombination nicht innerliche Verschmelzung ist, und dass diametral entgegengesetzte Grundgedanken sich nicht verschmelzen lassen. Und auch praktisch erachte ich es für äusserst bedenklich, wie schon oben hervorgehoben, eine wesentlich »individualistische« Gesellschaft, welche naturgemäss nach der civilen Societät oder nach der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft artet, unter das System der beschränkten Haftbarkeit zu stellen, da diese in allen festgeordneten Instituten unseres geltenden Rechts nur als Korrelat der in gewissem Sinne unpersönlichen Betheiligung an dem Unternehmen, der Nothwendigkeit, dasselbe durch fremde Verwalter zu führen, erscheint: bei der Kommandit- und stillen Gesellschaft, bei der beschränkten Haftung des Rheders und der Rhederei, bei der Gewerkschaft, der Aktiengesellschaft u. s. f.

Es wird sich sogleich in einer sehr wichtigen Frage zeigen, dass diese Weitherzigkeit des Entwurfs zu völlig unzulässigen Konsequenzen führt.

Noch bedenklicher dünkt mir ein zweiter Punkt. Ist, wie bemerkt, das treibende und durchaus anerkennenswerthe Motiv für die Bildung einer neuen Gesellschaftsform in erster Linie die Ermöglichung der Zubusse- oder Nachschusspflicht, so erscheint es doch schwer begreiflich, dass nach §§ 26 ff.

diese Nachschusspflicht eine nur fakultative ist, und dass solche, wenn sie im Gesellschaftsvertrag auf einen bestimmten Betrag festgesetzt wird, auf einen beliebigen, nur nach Verhältniss der Gesellschaftsantheile festzusetzenden Betrag bestimmt werden kann. Mit anderen Worten: Die neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist nur dann Zubussegesellschaft, wenn sie es sein will, und wenn sie es will, so kann die Zubussepflicht eine illusorische sein, z. B. giltig auf 1/10 des Geschäftsantheils, also etwa auf 50 M. festgesetzt werden. Ich finde nicht, dass ein praktisches Bedürfniss für Gesellschaften dieser Art erkennbar ist. Wenn die Motive des Gesetzentwurfs vornehmlich mit der Rübenzuckeraktiengesellschaft exemplifiziren, welche sich nach der neuen Gesellschaftsform bilden könnte, weil diese neben den Kapitalbeiträgen auch anderweitige Betheiligung zulasse, so ist dies freilich richtig; aber ich denke doch, dass man jene sehr wichtigen Gesellschaften und andere ähnliche Arten, welche Aktiengesellschaften sein wollen, auch als solche, nämlich als eigenthümliche Aktiengesellschaften aufrecht erhalten sollte, erforderlichen Falls im Wege der gesetzlichen Deklaration. Die, übrigens völlig difforme Rechtsprechung des Reichsgerichts, welche ihre Existenz bedroht, vermag ich keineswegs als überzeugend anzuerkennen und freue mich, dass diese Rechtsprechung neuerdings in der sehr lesenswerthen Abhandlung von Landgerichtsrath Lippmann[1] eine beherzigenswerthe Kritik gefunden hat.

IV.

Gegen den Entwurf hat Bähr einen sehr gewichtigen Einwurf erhoben, welcher, soviel ich sehe, von der Presse nicht genügend gewürdigt worden ist. Er sagt, man dürfe nicht die beliebige Kreirung von juristischen Personen ohne Staatsgenehmigung gestatten.

Ich stehe nun freilich auf einem durchaus abweichenden prinzipiellen Standpunkt. Nicht nur erachte ich die Freigebung der Korporationsbildung unter gesetzlichen Bedingungen für ein unabweisliches Bedürfniss, sondern ich nehme auch an, dass, soweit nicht die freilich vorherrschende Landesgesetz-

[1] Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht Bd. 39 S. 126 ff.

gebung entgegensteht, nach dem geltenden gemeinen Recht der freien Korporationsbildung nur diejenigen Schranken gezogen sind, welche in der Natur der Sache, nämlich in der Art der Verbindung selbst gelegen sind. Wird zu erlaubtem dauerndem Zweck eine Verbindung derart errichtet, dass sie die Interessen nicht lediglich zeitiger, sondern auch künftiger Mitglieder durchzuführen bestimmt ist, gibt sie sich eine dem entsprechende Organisation, will sie endlich für die entstehenden Verbindlichkeiten lediglich mit ihrem Vermögen einstehen, oder soll doch die Haftung auch ihrer einzelnen Mitglieder eine nur subsidiäre sein, so ist diese Verbindung ihrem Wesen nach eine Korporation[1]. Die Aufgabe der Gesetzgebung kann hier meines Erachtens in der Regel nur darin bestehen, die Voraussetzungen genau zu präzisiren, unter welchen eine derartige Verbindung das Recht hat, als juristische Person anerkannt zu werden. Auf diesen Standpunkt hat sich auch die zur Zeit tagende Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches gestellt und eine entsprechende, sorgfältig redigirte Vorlage beschlossen. Desgleichen ist durch neuere Reichsgesetze und Landesgesetze solchen Verbindungen, welche den Erfordernissen dieser Gesetze entsprechen, dadurch implicite die juristische Persönlichkeit verliehen, dass sie ihnen alle Attribute derselben beigelegt haben. Die ganz korrekte Formel, welcher sich herkömmlich unsere neueren Gesetze zu diesem Behufe bedienen, ist vorbildlich in Art. 213 des Handelsgesetzbuches dahin aufgestellt:

»Die Aktiengesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten —«,

während die hervorgehobenen Worte konsequent bei allen denjenigen Verbindungen fehlen, welchen die gleiche juristische Struktur fehlt, wie der offenen Gesellschaft, der Kommanditgesellschaft, einschliesslich der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Rhederei u. dergl.

Mit dieser korrekten Formel ist auch der wunderliche Missgriff Jhering's, welchen jetzt merkwürdiger Weise sogar O. Bähr als eine Errungenschaft der gesunden Wissen-

[1] Mein Vortrag auf dem 8. deutschen Juristentag 1869 (Verhandl. II S. 43 ff.) u. mein System des Handelsrechts im Grundriss, 3. Aufl. (1891) S. 120 ff. [4. Aufl. S. 132 ff.].

schaft preist, zurückgewiesen, dass Subjekte des Korporationsvermögens bezw. Anstaltsvermögens die jeweiligen Mitglieder oder die Destinatäre seien. Das dürfte doch einigermaassen an die naive Auffassung des Wilden — heute würden wir vornehmer »des Urmenschen« sagen — erinnern, welcher die berühmte »Stadtgemeinde Berlin« zu sehen wünscht und sich dieselbe nur in der Person des Oberbürgermeisters oder etwa in dem Magistratskollegium oder in der, vielleicht in der Hasenhaide versammelten Einwohnerschaft vorzustellen vermag. Diese Identifizirung des freilich zeitig wechselnden sinnlichen Substrats mit der diesen Wechsel überdauernden idealen Persönlichkeit wäre der ungeheuerlichste Rückschritt, den die Wissenschaft des Rechts machen könnte.

Nun sagt auch § 13 unseres Entwurfs:

> »Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten« u. s. f.

Diese Bestimmung ist auch in der Reichstagskommission nicht geändert und anscheinend gar nicht einmal monirt worden. Wenn aber die Motive zu § 13 bemerken:

> »Die Frage, ob eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als juristische Person zu betrachten ist, soll damit nicht entschieden werden; sie ist wesentlich theoretischer Natur und muss deshalb der Wissenschaft überlassen bleiben«,

so stehen diese Motive mit Wortlaut wie Inhalt des Gesetzentwurfs in unversöhnlichem Widerspruch. Unter einer Gesellschaft, welche »als solche selbstständig ihre Rechte und Pflichten hat«, versteht die Theorie und muss die Theorie verstehen, will sie anders nicht völlig vernunftwidrig denken, eine juristische Person. Es ist bemerkenswerth, dass in den § 17 des neuen Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 die Reichstagskommission die Worte »als solche selbstständig« lediglich deshalb eingefügt hat, um dadurch die juristische Persönlichkeit der eingetragenen Genossenschaft zum zweifellosen Ausdruck zu bringen.

Trotz des Protestes der Motive wird es also dabei bleiben, dass jede den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Gesellschaft mit beschränkter Haftung als juristische Person gelten soll; auch werden die Verfasser des Entwurfs wohl selbst

schwerlich annehmen, dass zwar in gewissen Fällen das anzuerkennen sei, in andern nicht, denn der Rechtssatz des § 13 macht keine Unterscheidungen.

Setzen wir nun den Fall, dass der Fabrikant A, welcher bisher sein Geschäft allein oder mit einem offenen Gesellschafter oder Kommanditisten betrieben hat, das Unternehmen in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umwandelt, und zwar entweder, indem er sich mit seinem bisherigen Gesellschafter in diesem Sinne einigt, oder, indem er etwa einen Sohn oder auch etwa zwei Töchter oder Schwiegersöhne in das Geschäft aufnimmt. Er selbst behält von dem festgesetzten Stammkapital von 50 000 M. 40 000 M., die anderen Gesellschafter B und C sind insgesammt mit 10 000 M. betheiligt; alle drei oder vielleicht auch nur A oder nur B und C sind Geschäftsführer. Der Gesellschaftsvertrag ist auf die Dauer eines Jahres geschlossen. Damit soll eine »juristische Person« geschaffen sein, also ein ideales Wesen, welches sein eigenes, allein für die Schulden haftendes Vermögen hat! Ist das wirklich glaublich und, wenn das positive Gesetz es vorschreiben sollte, zweckmässig? Hier zeigt sich recht drastisch, dass die Formel der juristischen Person zwar passt für die aktienartigen, auf einen umfassenden und normaler Weise wechselnden Personenbestand berechneten Kapitalgesellschaften, nicht aber für ganz individualistische Personenverbindungen, welche man durch die gleichen gesetzlichen Vorschriften glaubt regeln zu können.

Hält man dies für überhaupt durchführbar, so muss man mindestens eine Formel streichen, welche nur für erstere angemessen erscheint, und sich damit begnügen, den neuen Gesellschaften dasjenige Maass von selbstständiger Geschäftsfähigkeit und Parteifähigkeit zu sichern, welches allen Gewerbs-Handelsgesellschaften, insbesondere auch der offenen und Kommanditgesellschaft, gesetzlich (Handelsgesetzbuch Art. 111, 164) zukommt.

V.

Wenn der Entwurf über das praktische Bedürfniss hinaus auch solche Gesellschaften normirt, welche gar nicht Zubussegesellschaften sein wollen, so greift er in anderen

Beziehungen noch tiefer in unser gesammtes bürgerliches und Handelsrecht ein.

Nach § 1 können Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach Maassgabe dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden, sind also, so errichtet, juristische Personen. Also nicht einmal ein Erwerbszweck, geschweige denn ein Handelszweck, für dessen Befriedigung durch die neue Gesellschaftsform bisher allein ein Bedürfniss erkennbar hervorgetreten ist, soll erforderlich sein. Jede Verbindung zu irgend einem nicht ungesetzlichen politischen, socialen, religiösen, gemeinnützigen, geselligen Zweck kann sich fortan in dieser Form und zwar als Korporation bilden. Auch dann, wenn diese Verbindung gar nicht die naturgemässen Merkmale einer Korporation an sich trägt, sondern eine vielleicht ganz vorübergehende Vereinigung zur Befriedigung ganz individueller Bedürfnisse weniger Personen ist. Freilich ist das bereits gegenwärtig möglich, wenn die Form der Aktiengesellschaft oder der Kommanditgesellschaft auf Aktien gewählt wird, und es fehlt nicht an drastischen Erscheinungen der Art — aber es ist doch klar, dass diese wunderliche Bildung von Pseudohandelsgesellschaften durch das neue Gesetz in hohem Maasse erleichtert wird. Und während in der Kommission für das bürgerliche Gesetzbuch, unter lebhaftem Meinungsstreit und anscheinend gegen den Widerspruch der preussischen Regierung versucht wird, die gesetzlichen Voraussetzungen der freien Korporationsbildung genau zu fixiren, statuirt ein anderes Reichsgesetz kurzer Hand: wenn sich zwei oder mehr Personen als Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Nominalkapital von mindestens 20000 M. unter gewissen, auf das Leichteste erfüllbaren Bedingungen registriren lassen, so bilden sie eine juristische Person! Das macht doch nahezu den Eindruck, als ob es im Deutschen Reich zwei verschiedene Welten gäbe, von denen jede völlig unabhängig von der andern regiert wird.

Weiter soll, nach § 13 unseres Entwurfs, jede Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Handelsgesellschaft im Sinne des D.H.G.B.s, somit gemäss Art. 5 des H.G.B.s auch als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzes gelten. Also: sie ist allen kaufmännischen Rechten, Begünstigungen, Pflichten unterworfen; ihre Geschäfte sind als Geschäfte im Gewerbe

schlechthin Handelsgeschäfte (Art. 273), und alle ihre Geschäfte, welche Geschäfte im Gewerbe sein können, gelten präsumtiv als solche (Art. 274); sie hat als Beklagte vor der Kammer des Landgerichts für Handelssachen Recht zu nehmen u. s. f. Alle diese Gesellschaften sind, nach §§ 7, 8 des Entwurfs, in das Handelsregister einzutragen, überhaupt sind sie, ihre Geschäfte, Prozesse, schlechthin dem Handelsrecht unterstellt. Nun dürfte ich für meine Person wohl vor dem Verdacht geschützt sein, dass ich die berechtigte Sphäre des Handelsrechts einzuengen bezwecke — aber einer solchen schrankenlosen, völlig unübersehbaren Kommerzialisirung etwa einer beliebigen Studentenverbindung oder eines politischen Klubs oder selbst einer landwirthschaftlichen Gesellschaft möchte ich doch entschieden widersprechen. Es war keineswegs unbedenklich, dass bereits die Aktiennovelle vom 11. Juni 1870 alle Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, dass weiter das Genossenschaftsgesetz alle eingetragenen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, auch solche, welche jedem Handelsbetrieb im weitesten Sinne ferne stehen, für Kaufleute im Sinne des H.G.B.s erklärt hat. Aber diese gesetzliche Fiktion verschwindet gegen die ganz unübersehbare Tragweite des gegenwärtigen Entwurfs.

Es erscheint mir keineswegs rathsam, dass die bürgerliche Gesellschaft, zumal die nicht auf Erwerb abzielende, sich auf alle Wege des Handelsrechts begiebt, noch gar, dass das Gesetz die heterogensten Verbindungen lediglich ihrer Form willen schlechthin dem Handelsrecht unterwirft. Wenn, wie ähnlich schon das schweizerische Obligationenrecht, der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches erster Lesung es den Erwerbsgesellschaften, welche nicht Handelsgesellschaften sind, gestattet, sich vertragsmässig den Vorschriften der offenen Handelsgesellschaft, somit insbesondere der unbeschränkten und solidaren Haftung aller Mitglieder, zu unterwerfen, so lässt sich dafür immerhin anführen, dass die so gewonnene verstärkte Kreditbasis der Gesammtheit zu Gute kommt — allein das Gegentheil, nämlich die Exemtion von der unbeschränkten Haftung für alle Bevölkerungsklassen zu begünstigen, dürfte doch durch keinerlei Gründe geboten sein. Und wenn z. B. der gegenwärtige Art. 10 des D.H.G.B.s

die sogenannten Minderkaufleute, zu denen ja auch alle Gastwirthe gehören, von der Association im Wege der offenen und der Kommanditgesellschaft ausschliesst, sollte es mit diesem noch bestehenden Verbote verträglich sein, ihnen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als selbstverständlich willkommenen Ausweg zu eröffnen, dieselben somit auf diesen noch unerprobten und sicherlich nicht ungefährlichen Weg geradezu hinzuweisen?

VI.

Gestatten Sie mir zum Schlusse eine allgemeine Bemerkung, welche meinen prinzipiellen Standpunkt gegenüber dieser Gesetzesvorlage etwas genauer präzisirt.

Ich habe mich Zeit meines Lebens entschieden gegen Gelegenheitsgesetze und soweit möglich gegen Stückgesetzgebung erklärt. Als kurze Zeit nach Errichtung des Deutschen Reichs sehr angesehene Mitglieder des Reichstags, ich nenne nur Lasker, die ursprünglich beschränkte Kompetenz der Reichsgesetzgebung auf das gesammte bürgerliche Recht ausgedehnt wissen wollten, aber nicht zu dem Zwecke, um ein gemeinsames bürgerliches Gesetzbuch zu schaffen, sondern um die Möglichkeit beliebiger gesetzgeberischer Eingriffe des Reichs in das bestehende Privatrecht der Einzelstaaten zu gewinnen, habe ich zwar die erstrebte Ausdehnung der Reichskompetenz lebhaft befürwortet, aber nur unter der Voraussetzung und zu dem Zwecke, um die volle Rechtseinheit durchzuführen[1]. Und nur im Anschluss an meine Ausführungen hat die bayerische Regierung ihren Widerstand gegen die Erweiterung der Reichskompetenz aufgegeben[2], so dass durch Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 diese Kompetenzerweiterung sanktionirt, sogleich aber die Einleitung zur gemeinsamen Kodifikation des bürgerlichen Rechts getroffen wurde.

Als Referent der Vorkommission für das bürgerliche Gesetzbuch habe ich, unter Zustimmung meiner Herren Kollegen, verlangt, dass alsbald und gleichzeitig mit der Bearbeitung

[1] Mein Vortrag »Ueber die Nothwendigkeit eines deutschen Zivilgesetzbuchs« vom 11. Mai 1872. (Wochenschrift: Im Neuen Reich. Leipzig 1872, No. 13.)

[2] Die Aktenstücke z. B. in Hirth's Annalen 1874, S. 330 ff.

des bürgerlichen Gesetzbuchs die Revision des Handelsgesetzbuchs vorbereitet werden solle, und der Bundesrath hat sich unsern Vorschlägen durchaus angeschlossen[1]. Wir erwarteten freilich damals und durften erwarten, dass der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs in etwa fünf Jahren hergestellt und dass alsdann die in der Zwischenzeit vorbereitete Revision des Handelsgesetzbuchs sogleich in Angriff genommen würde. Inzwischen sind 18 Jahre verflossen, und immer mehr wächst die Gefahr, dass stückweise der Boden unseres geltenden Rechts durchlöchert oder je nachdem ergänzt wird, ohne dass bei dem Einzelgesetz dessen direkte oder indirekte Rückwirkung auf das gesammte Rechtssystem in aller Schärfe ins Auge gefasst wird. Ich spreche damit keinen Tadel gegen die Männer aus, welche ein solches Gesetz verlangt haben, noch gegen die Reichsjustizbehörde, welche den wirthschaftlichen Gedanken eine in der Hauptsache angemessene juristische Form gegeben hat.

Aber dieses nun einmal unvermeidlich gewordene Spezialgesetz darf doch nicht über das als unabweislich erkannte Bedürfniss hinausgehen, und es darf nicht denjenigen legislativen Feststellungen vorgreifen, welche mit voller Sicherheit nur im Zusammenhange der ganzen bürgerlichen und Handelsgesetzgebung getroffen werden können.

Ich möchte die hier entwickelten Gesichtspunkte in Kürze dahin zusammenfassen:

Es ist durchaus anzuerkennen, dass der vorliegende Gesetzentwurf, ungehemmt von doktrinären Bedenken, dem wirthschaftlichen Unternehmungsgeist, welcher in Deutschland nur zu sehr darniederliegt, freiere Bahnen eröffnet und eine in der Hauptsache zweckmässig geordnete neue Gesellschaftsform aufstellt, deren einzelne Prinzipien sorgfältig erwogen, geschickt und in klarer Weise formulirt sind.

Aber er schiesst, meines Erachtens, sehr weit über das erkennbare Bedürfniss hinaus und ist in seiner gegenwärtigen Gestalt geeignet, unsere sämmtlichen, altbewährten Formen der Handelsgesellschaft in sehr bedenklicher Weise zu erschüttern, nicht am wenigsten dadurch, dass er der nur unter Umständen angemessenen Begrenzung der Haftung wirksamen

[1] Die Aktenstücke z. B. in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 20 S. 134 ff. in meinem Aufsatze die Kodifikation des deutschen bürgerlichen und Handelsrechts; vgl. auch Bd. I Nr. 6 dieser Sammlung.

Vorschub leistet. In diesem Sinn, und ohne in die Einzelheiten einzugehen, will ich mich mit folgenden Vorschlägen begnügen:

1. Der Entwurf hat sich auf Gesellschaften zu Handelszwecken, worin ja auch die meisten sogenannten Industriezwecke einbegriffen sind, zu beschränken; sollte es aber unumgänglich erscheinen, auch das dem Handel nicht angehörige Handwerk, die Urproduktion (Landwirthschaft, Fischerei), endlich gar das Immobiliarbaugewerbe zu umfassen, so dürfte er doch nur das Gewerbe, d. h. das dem Gewinnzweck bestimmte Unternehmen, treffen.

2. Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind nur als Zubussegesellschaften zuzulassen; ist die Zubusse im Statut auf einen bestimmten Maximalbetrag festgesetzt, so darf dieser nicht unter der Häfte des Geschäftsantheils betragen.

3. Die konstruktive Frage, ob die so geregelten Gesellschaften als juristische Personen zu gelten haben, ist vom Gesetz lediglich der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Es muss daher der Satz des § 13 »als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten« wegfallen. Es ist denkbar, dass je nach der Sachlage die juristische Persönlichkeit anzuerkennen oder zu verneinen sein wird. —

Nachwort.

Der Abschluss des vorstehend besprochenen Gesetzentwurfs ist in so ungewöhnlicher Weise beeilt worden, dass auch die bescheidensten Bedenken nicht haben berücksichtigt werden können. Zwei Tage nach Ausgabe des Kommissionsberichts, am Tage, da dieser Vortrag gehalten wurde (19. März), ist der Entwurf in zweiter Lesung und bereits in der nächsten Sitzung (21. März) vom Reichstage in dritter Lesung, beide Male en bloc, angenommen worden[1]. —

[1] [Das Gesetz ist unter dem 20. April 1892 im R.G.Bl. S. 477 ff. veröffentlicht.]

11.

DIE

HAFTPFLICHT DER GENOSSEN

UND DAS

UMLAGEVERFAHREN.

(1888.)

Vertreter zahlreicher Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften haben mich um eine eingehend begründete Meinungsäusserung über zwei wichtige, zur Zeit in den Genossenschaftskreisen lebhaft erörterte Fragen ersucht.

Ich komme diesem Wunsche nach, weil ich es für meine Pflicht halte, in der gegenwärtig ihrem Abschluss nahen neuen Genossenschaftsgesetzgebung die richtigen Grundsätze nach bester Einsicht zur Geltung zu bringen. Wenn auf dem letzten (29.) am 31. August 1888 zu Erfurt abgehaltenen Allgemeinen Vereinstage der deutschen Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, ungeachtet eifriger Befürwortung des Genossenschaftsanwalts, nur eine sehr knappe Mehrheit (78 gegen 71 Stimmen) den Einzelangriff adoptirt, andererseits der Verband der schlesischen Genossenschaften auf dem zu Warmbrunn am 19./20. Juni 1888 abgehaltenen Verbandstage nach sehr gründlicher Erörterung mit grosser Mehrheit[1] den Einzelangriff reprobirt hat, so dürften die nachfolgenden Ausführungen vielleicht in weiteren Kreisen aufklärend wirken, ja sogar zeitige Gegner des hier vertretenen Standpunktes von dessen Richtigkeit zu überzeugen geeignet sein.

Ueber die mir vorgelegten Fragen habe ich mich bereits wiederholt ausgesprochen. Das erste Mal in meiner 1882 erschienenen Schrift »Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften. Studien und Vorschläge« (aus der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 27 S. 1—118 besonders abgedruckt), und es beruht, wie hier ein für alle Mal bemerkt werden soll, auf einem schwer erklärlichen Irrthum, wenn neuerdings in öffentlichen Verhandlungen und in der Genossenschaftspresse wiederholt von Vertheidigern der im Gesetz-

[1] Vgl. Bericht Breslau 1883, S. 42—59.

entwurf aufgestellten Grundsätze in Abrede gestellt worden ist, dass meine Schrift sich völlig unzweideutig gegen diese Grundsätze erklärt.

Das zweite Mal mündlich und sehr eingehend als Mitglied der vom Reichsjustizamt zur Berathung über den Entwurf des Genossenschaftsgesetzes im November 1887 einberufenen Sachverständigenkonferenz. Und zwar habe ich hier ausdrücklich zu Protokoll erklärt, dass ich, falls gewisse von mir entschieden bekämpfte Grundsätze beibehalten würden, nicht in der Lage sei, dem unzweifelhafte und wichtige Verbesserungen des zur Zeit geltenden Gesetzes enthaltenden Entwurf zuzustimmen. Mein so bestimmt formulirter Widerspruch beschränkte sich auf drei Punkte, unter welchen sich gerade die beiden hier in Rede stehenden befinden.

Die erste Frage betrifft die Statthaftigkeit des Einzelangriffs von Genossenschaftsgläubigern gegen die noch haftenden Genossen. Die zweite betrifft die Betheiligung ausgeschiedener, aber den Genossenschaftsgläubigern noch haftender Genossen am Umlageverfahren.

Diese beiden Fragen stehen zwar in einem gewissen Zusammenhang, aber derselbe ist nicht ein logisch nothwendiger. Man kann die eine verneinen und die andere bejahen; insbesondere würde für den Gesetzgeber aus der Verneinung der zweiten Frage nicht, wie behauptet wird, die allgemeine, nicht unterscheidende Bejahung der ersten Frage folgen.

Für die Entscheidung beider Fragen sind, da es sich um eine durchgreifend reformirende, zum erheblichen Theil ganz neues Recht schaffende Gesetzgebung handelt, in erster Linie Erwägungen der Zweckmässigkeit oder wirthschaftlichen Nothwendigkeit maassgebend; die sog. »juristische Konsequenz«, wenngleich sicherlich zu erstreben, und die Anforderungen sog. »juristischer Konstruktion« stehen dabei überall in zweiter Linie. Sogar für das einzelne Gesetz ist aus Zweckmässigkeitsgründen eine Abweichung von den leitenden Prinzipien dieses Gesetzes unter Umständen geboten. Noch weniger schwer würde eine Abweichung einzelner, ja vieler Bestimmungen dieses Gesetzes von sog. »allgemeinen juristischen Prinzipien« wiegen. Dieser für die Gesetzgebung ja ganz selbstverständliche Standpunkt wird nur zu häufig vergessen, und gerade in den hier vorliegenden Fragen wird häufig be-

hauptet, dass der eine Weg prinzipgemäss, der entgegenstehende »prinzipwidrig« sei. Aber was man »juristische Prinzipien« nennt, ist nichts von selbst Gegebenes und für alle Zeit Feststehendes, sondern aus dem jeder Zeit geltenden Recht entnommen, und modifizirt sich mit dessen Aenderung. Denn alles Recht ist nicht um seiner selbst willen da, sondern um vernünftigen socialen Zwecken zu dienen, es soll die vernünftige, d. h. dem Wesen, der Natur dieser sozialen Lebensverhältnisse entsprechende Ordnung sein. Es ist um so vollkommener, je mehr sein Inhalt dieser obersten Aufgabe entspricht, mag dabei auch die abstrakte Logik nicht in allen Punkten durchgeführt werden, oder mag die Theorie Mühe haben, die Bestimmungen des Gesetzes in ihre Kategorien einzuschachteln. Die wirklich rechtsschöpferische Kraft eines Gesetzgebers würde sich ein Armuthszeugniss ausstellen, wollte sie hinter angeblich zwingenden, häufig sogar missverstandenen »Rechtsprinzipien« Deckung suchen gegen den begründeten Vorwurf, dass die gesetzlichen Bestimmungen zweckwidrig, unangemessen, verkünstelt seien. Derjenige Gesetzgeber, welcher sich der wirklich lebendigen Rechtsideen seiner Zeit vollkommen bemächtigt, braucht niemals den Vorwurf (?) zu scheuen, dass er sich aus Zweckmässigkeitsgründen, um des öffentlichen Nutzens willen, im Gemeininteresse Abweichungen von der logischen Schablone erlaubt habe. Ja, nicht selten pulsirt, wie einer der grössten Juristen aller Zeiten, Rudolf von Jhering, sehr zutreffend gezeigt hat, gerade in diesen anscheinenden Abweichungen das allein lebendige Recht. Ein grosser Theil z. B. unseres geltenden und gewiss nothwendigen Handelsrechts ist in scharfem Gegensatz zu den »Prinzipien« des bisherigen Rechts zu maassgebender Geltung gelangt.

Ohnehin dürfte die genauere juristische Analyse ergeben, dass nicht die Statthaftigkeit des Einzelangriffs, sondern dessen Ausschliessung den richtig verstandenen Rechtsprinzipien des deutschen Genossenschaftsrechts entspricht; dass somit nicht, wie behauptet wird (z. B. in den Blättern für Genossenschaftswesen 1888 Nr. 32 S. 257), die früheren Gegner des Einzelangriffs »bei schärferer Prüfung der Rechtsfrage« sich bekehren müssten, vielmehr das gerade Gegentheil hiervon wahr ist.

In beiden Fragen weiss ich mich, zu meiner Genugthuung, einig mit dem Begründer der deutschen Genossenschaften und des deutschen Genossenschaftsrechts, mit Schulze-Delitzsch und der mindestens bis vor ganz kurzer Zeit in den Kreisen der deutschen Genossenschaften anscheinend widerspruchslos herrschenden Ueberzeugung. Dem Verdacht einer blinden Vergötterung des trefflichen Mannes, dem ich in wichtigsten Prinzipienfragen, insbesondere hinsichtlich der Zulassung von Genossenschaften mit beschränkter Haftung, wiederholt sehr scharf entgegengetreten bin, werde ich schwerlich ausgesetzt sein. Zu meiner grossen Freude haben wir uns schliesslich in allen wesentlichen Punkten geeinigt[1]. Aber die jetzt in weiten Kreisen und sogar von leitender Stelle in Verbands- und Vereins-Versammlungen aufgestellte Behauptung, dass Schulze-Delitzsch dem Einzelangriff in derjenigen, freilich abgeschwächten Gestalt, welche der vorliegende Entwurf sanktioniren will, seine Zustimmung ertheilt haben würde, scheint mir doch durchaus grundlos. Sie steht in unlösbarem Widerspruch zu dem, was Schulze-Delitzsch jeder Zeit in Schrift und Wort, auch mir gegenüber in zahlreichen diesen Gegenstand betreffenden mündlichen Erörterungen erklärt hat.

Schulze-Delitzsch und ich gingen darin völlig einig, dass durch ein reformirtes, in die Geschäftsabwicklung der sich auflösenden Genossenschaft an gehöriger Stelle eingefügtes Umlageverfahren der schädliche Einzelangriff überflüssig gemacht und demzufolge beseitigt werden solle. Dass, wie bereitwillig anerkannt werden soll, das Umlageverfahren als Bestandtheil des Konkursverfahrens in dem jetzt vorliegenden Entwurf juristisch korrekter gestaltet ist, als in den Entwürfen Schulzes, ändert in der Sache nichts. Denn gleichviel, ob man Schulzes aussergerichtliches, die Konkurseröffnung suspendirendes Umlageverfahren annimmt, oder, mit dem vorliegenden Entwurf, das provisorische Umlageverfahren zu einem Vorschussverfahren innerhalb des bereits eröffneten Konkurses gestaltet, demnächst aber, nach beiden Systemen, ein definitives Umlageverfahren (Nach-

---

[1] Siehe namentlich Schulze-Delitzsch, Material zur Revision des Genossenschaftsgesetzes (1883), insbes. S. 66/67.

schussverfahren) im Konkurse folgen lässt: sachlich ergibt sich nach beiden Ordnungen, dass die Aufgabe des gleichviel wie gestalteten Umlageverfahrens (Vorschuss- und Nachschussverfahrens) die volle Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger bildet und mittelst dieses Verfahrens erreicht werden soll. Auf dieser — den Schulzeschen Entwürfen und dem jetzt vorliegenden Gesetzentwurf gemeinsamen — materiellen Grundlage beruhen sämmtliche, insbesondere in den Jahren 1881 und 1883 aufgestellten Vorschläge, und als Schlussstein dieses, somit dem jetzigen Entwurf wie den Schulzeschen Entwürfen gemeinsamen Systems hat Schulze jeder Zeit die völlige Beseitigung des Einzelangriffs proklamirt. In diesem Sinne hat Schulze und hat nach Schulzes Tode der gegenwärtige Genossenschaftsanwalt die bekanntlich einmüthige Zustimmung der beiden Allgemeinen Vereinstage (Kassel 1881, Plauen 1887) für das projektirte verbesserte Umlageverfahren gefunden.

Das ganze Material liegt aktenmässig in der von Schulze selbst unmittelbar vor seinem Tode veröffentlichten Schrift vor:

> Material zur Revision des Genossenschaftsgesetzes, 1883, S. 28 ff., 38 ff. Als denjenigen Punkt, auf den Schulze selbst den »höchsten Werth« legt, bezeichnet er wiederholt, z. B. S. 45, vgl. auch S. 68, die durch die Umgestaltung des Umlageverfahrens ermöglichte »Aufhebung des Einzelangriffs« [1].

Obwohl nun Schulzes so häufige Erörterungen dieser Frage vielleicht nicht immer auf einer völlig eindringenden theoretischen Rechtskenntniss beruhen, so war er doch sicherlich, was viel mehr sagen will, ein rechtsschöpferischer Kopf, der auf dem sicheren Grunde einer selten trügenden tiefen Rechtsüberzeugung stand. Gleich den Schöffen des alten deutschen Gerichtswesens entnahm er seine Anschauung von dem, was recht und billig sei, der eigenen Brust, mitunter zu wenig bekümmert um die korrekte wissenschaftliche Begründung, aber doch in der grossen Schule reichster

---

[1] Siehe auch meine oben S. 353 citirte Schrift S. 62 ff., insbes. S. 67 u. Dr. J. H. Herz, Die Novellen und Anträge zum Genossenschaftsgesetz, besprochen und erläutert, 1883, S. 121 ff.

Lebenserfahrung gegen schwere Irrungen gefeit. Als er sich von der praktischen Unzulänglichkeit des deutschen Genossenschaftsgesetzes überzeugt und in rastloser Verbesserungsarbeit endlich den Weg gefunden hatte, auf dem sich der nach seiner allmälig zum unerschütterlichen Grundsatz durchgebildeten Ueberzeugung der ebenso schädliche wie unnöthige Einzelangriff beseitigen liess, hat er dieses Credo rastlos vertreten. Er hätte sicherlich auch dem vorliegenden Entwurf gegenüber die gleiche Haltung eingenommen und in dieser für ihn wichtigsten Frage jedes Kompromiss abgelehnt.

Nicht minder fest stand seine Ueberzeugung, dass nur die Heranziehung der noch haftenden, wenngleich ausgeschiedenen Genossen zum Umlageverfahren eine völlig befriedigende Gestaltung desselben ermögliche und im wohlverstandenen Interesse aller Betheiligten liege.

Wenn ihm eine allseitig, auch den theoretischen Juristen befriedigende Begründung seines Standpunktes nicht gelungen ist, so darf ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden. Die spezifisch juristischen Fragen liegen eben nicht ganz einfach und sie hängen auf das Engste zusammen mit der tieferen Einsicht in die Verschiedenheit der Haftungsprinzipien, deren wissenschaftlichen Aufbau ich erst 1882 in meiner Schrift (S. 35—45) versucht habe. Diesen Aufbau will ich in Nachstehendem vervollständigen und hoffe damit das sichere Rechtsfundament der uns gemeinsamen Ueberzeugungen klarzulegen.

I. Der Einzelangriff der Genossenschaftsgläubiger.

Vor etwa 1750 Jahren wurde es im römischen Weltreich als eine schwere Unbilligkeit empfunden, dass die an sich solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haftenden mehreren Bürgen der gleichen Schuld (Mitbürgen, confidejussores) auf das Ganze (in solidum) verurtheilt wurden, ungeachtet der Gläubiger durch Solvenz und Belangbarkeit Aller ausreichend gesichert erschien.

Daher gewährte Kaiser Hadrian in diesem Falle — später erfolgte die Ausdehnung auf andere, wirklich oder anscheinend gleichgeartete Fälle von Solidarschulden — die Rechtswohlthat der Theilung (beneficium oder auxilium divi-

sionis) derart, dass zwar das Prinzip der Solidarhaftung aufrecht erhalten blieb, aber doch der Gläubiger nur von allen Mitbürgen zusammen Befriedigung verlangen konnte; es fand also unter diesen solidarisch haftenden Mitbürgen eine Theilung oder, was dasselbe sagen will, eine Umlage der Schuld statt, aber so, dass der Gläubiger nichts verlor, vielmehr die Antheile (Umlagequoten) der etwa wegen Insolvenz oder Nichtbelangbarkeit ausfallenden Mitbürgen von den solventen mitgetragen werden mussten. Ursprünglich und zweckmässig scheint dabei bereits bei der Prozesseinleitung (vor dem Praetor in iure) ein »Umlageverfahren« regulirt worden zu sein [1].

Nun gerieth das gehörig geordnete Umlageverfahren in späterer Zeit meist in Vergessenheit, es wurde die zweckmässige »modifizirte Solidarhaft« häufig missverständlich mit der reinen »Theilhaft«, die ja für den Gläubiger äusserst lästig und gefährdend ist, verwechselt. So erklärt sich, dass in der modernen Rechtsentwicklung eine Abneigung gegen diese sog. »Rechtswohlthat oder Einrede der Theilung« entstand. Das preussische Allgemeine Landrecht und einzelne andere Gesetzgebungen haben sie beseitigt und auch der gegenwärtig vorliegende Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich §§ 324, 673 [B.G.B. § 769] verwirft sie. Immerhin besteht sie nicht nur in den Gebieten des gemeinen und französischen Rechts noch unverändert fort, soweit nicht die Solidarschuldner auf diese Rechtswohlthat unzweideutig verzichtet haben oder die gebieterischen strengen Anforderungen des Handelskredits diese Modifikation der Solidarhaft ausschliessen [2], sondern es gibt unzweifelhaft zahlreiche Fälle, in welchen das regellose Herausgreifen eines von mehreren, insbesondere von sehr zahlreichen Schuldgenossen auch einer sehr strengen Rechtsanschauung als ungehörig, ja unbillig erscheint. Insbesondere gilt dies von solchen Fällen, wo nach der vernünftigen Regel des Ver-

---

[1] Dieses wichtige Rechtsinstitut habe ich in neuester Zeit (1887) genauer untersucht und dargestellt: vergl. meine Abhandlung über Bürgschaft und Theilzahlung, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Jhering u. A., Bd. XXVI S. 354 ff.

[2] Deutsche Wechselordnung Art. 81. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 281. 112.

kehrs und in Gemässheit der für solche Zwecke getroffenen Einrichtungen nur eine verständig geregelte Gesammthaft erwartet werden darf.

Nun beruhte bekanntlich ursprünglich die statutarische, in Altpreussen auch die gesetzliche Haftung der dem sog. »Solidarprinzip« unterstellten Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften auf den drei leitenden Grundsätzen der direkten, der solidarischen und der unbeschränkten (persönlichen) Haft. Diese Maximen waren, wie allgemein anerkannt ist[1], durch das maassgebende preussische bürgerliche Recht, durch das im Wesentlichen benutzte, obwohl nicht zutreffende Vorbild der offenen Handelsgesellschaft, den wichtigen Vorgang des damaligen englischen Rechts, insbesondere aber durch die Nothwendigkeit diktirt, der ganz neuen Schöpfung durch Annahme der strengsten Haftungsgrundsätze den schwer zu erlangenden Kredit wie das Wohlwollen des Gesetzgebers zu gewinnen.

An diesen Maximen hielt daher wesentlich noch das erste (preussische) Genossenschaftsgesetz vom 27. März 1867 fest, immerhin schon mit der wichtigen, den Schulze'schen Entwürfen entsprechenden Abschwächung, dass die beibehaltene direkte und unmodifizirte Solidarhaft der Genossen sich auf den im Liquidations- bezw. Konkursfall erlittenen Ausfall beschränkt: Ges. § 11, verb. mit § 50 Abs. 5, somit die prinzipale Haftung für die ganze Genossenschaftsschuld zu einer subsidiären Haftung für die Ausfallschuld umgewandelt wurde, wobei es denn auch wesentlich in dem geltenden Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 §§ 12, 51 Abs. 5 verblieben ist.

Aber den Intentionen Schulze-Delitzschs entsprach dieses preussische Gesetz nur sehr unvollkommen. Denn bereits in § 36 seines (zweiten) 1863 aufgestellten Gesetzentwurfs hatte Schulze-Delitzsch — nach dem Vorgange der bei einzelnen sächsischen Kreditgenossenschaften getroffenen Einrichtungen — ein besonderes »Verfahren zur Realisirung der Solidarhaft« vorgesehen und in der Hauptsache dahin formulirt:

> »Nach Prüfung des eingereichten oder vom Konkursgericht festgestellten Vermögensstatus setzt das Gericht den Betrag derjenigen Summe, die zur vollen

[1] Vergl. meine Schrift S. 45 ff. Motive S. 46 ff.

Befriedigung der Vereinsgläubiger erforderlich ist, durch Dekret fest und vertheilt dieselbe auf sämmtliche haftbaren, gegenwärtigen und früheren Mitglieder des Vereins gleichmässig«.

Dieser Vorschlag, welcher so alsbald nach Auflösung der Genossenschaft ein gerichtlich geordnetes Umlageverfahren postulirte, fand, obwohl im Prinzip gebilligt, doch, wegen prozessualer Schwierigkeiten nicht die Zustimmung der Kommission des preussischen Abgeordnetenhauses (1863) und wurde von Schulze-Delitzsch einstweilen fallen gelassen, aber mit besserem Erfolge in seinem Entwurf des Genossenschaftsgesetzes für den Norddeutschen Bund wieder aufgenommen, von der Reichstagskommission »als wichtigste Ergänzung des preussischen Gesetzes und als Forderung des Gemeinwohles« mit geringen Aenderungen angenommen, endlich von der Civilprozesskommission in derjenigen Gestalt, in welcher er die §§ 52—62 des geltenden Gesetzes bildet, formulirt.

Bei diesem wichtigen und unzweifelhaft wohlthätigen Schritte hat aber weder Schulze-Delitzsch selbst, noch haben die Verfasser des geltenden, in höchster Eile vollendeten Gesetzes (denn der vom 16. Juni 1868 datirende Bericht mit Antrag der Civilprozesskommission ist sogleich ohne jede Aenderung vom Bundesrath und in der letzten Sitzung des Reichstages am 20. Juni, wenige Stunden vor dem Schlusse der Session, en bloc angenommen worden) ein klares Bewusstsein von der prinzipiellen Bedeutung des Umlageverfahrens gehabt, vielleicht auch absichtlich, weil das noch neue Institut der Genossenschaften nach ihrer Ueberzeugung ohne die volle direkte Solidarhaft nicht lebenskräftig erschien, es unterlassen, die nothwendigen Konsequenzen zu ziehen.

Es unterliegt nämlich nach dem Inhalt des Gesetzes und nach dem Gange der Verhandlungen[1] keinem Zweifel, dass das Umlageverfahren wesentlich nur im Interesse der Genossen, nämlich in Bezug auf ihre gegenseitigen Rückgriffsrechte und dem entsprechende Deckungspflicht, behufs Abschneidung verwickelter Regressprozesse geordnet ist, demgemäss zwar den

[1] S. ausführlich Parisius, Die Genossenschaftsgesetze im Deutschen Reiche (1876) S. 375—378; Reinartz, Die eingetragene Genossenschaft als Korporation, besonders deren Liquidations-, Konkurs- und Umlageverfahren (1882) S. 97—102.

Genossen unter einander, nicht aber den Gläubigern der Genossenschaft Recht und Pflicht gewährt. Zutreffend heisst es in den Motiven des vorliegenden Gesetzentwurfs S. 58, 59. vergl. S. 45, von dem Umlageverfahren des geltenden Gesetzes:

> »Die Beitragspflicht (zum Umlageverfahren) soll zwar das hauptsächlichste Mittel zur Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger bilden; trotzdem trägt nach dem (geltenden) Gesetz die Beitragspflicht nicht ihr Fundament in sich selbst, sondern es wird hierzu ein an und für sich ausserhalb desselben liegendes Moment, nämlich die subsidiäre Garantiehaft der einzelnen Genossen in der Weise herangezogen, dass die Beitragspflicht nur als ein Ausfluss der in Folge möglicher Geltendmachung der direkten Haftung zu erwartenden gegenseitigen Regressrechte der Genossen erscheint. Die praktische Folge dieser Konstruktion ist, dass weder die Gläubiger noch die Genossenschaft als solche in dem (Umlage-)Verfahren eine Stelle finden«.

Daher gehen, ganz unabhängig von dem Umlageverfahren, das Konkursverfahren wider die Genossenschaft und die Klagerechte der einzelnen Gläubiger wider die einzelnen Genossen ihre eigenen Wege und es wird, wie in § 52 des Entwurfs der Reichstagskommission:

> »Uebrigens wird durch das vorstehende Verfahren an dem Rechte der Genossenschaftsgläubiger, wegen der im Konkurs an ihren Forderungen erlittenen Ausfälle die Genossenschafter solidarisch in Anspruch zu nehmen, nichts geändert«,

so im § 62, vgl. § 52 des geltenden Gesetzes, vgl. auch § 197 der Reichs-Konkursordnung, das Recht des Einzelangriffs ohne jede Rechtswohlthat der Theilung in aller Schärfe aufrecht erhalten.

Mit anderen Worten: das Umlageverfahren, welches nach seinem praktischen Gehalt und seiner wirthschaftlichen Tendenz nur eine Gestalt des beneficium divisionis ist, somit zwar thatsächlich die Rückgriffsprozesse unter mehreren Solidarschuldnern abschneidet, aber doch rechtlich nur dadurch, dass es diese Solidarschuldner dem Gläubiger gegenüber nur als

Gesammtheit haften lässt, hat unversehens die gerade umgekehrte Gestalt eines die Solidarschuldner (Genossen) rechtlich nicht schützenden, dagegen den Regress unter ihnen rechtlich abschneidenden Verfahrens erhalten. Diese ganze, auf mangelhafter Einsicht in die wahre Natur des Umlageverfahrens beruhende Struktur desselben ist juristisch und praktisch eine verfehlte. Dieser verhängnissvolle Irrthum wirkt noch gegenwärtig fort.

Thatsächlich freilich gestaltete sich auch das so mangelhaft geregelte Umlageverfahren zu dem praktisch wichtigsten Bestandtheil des Genossenschaftsrechts. Jeder Genosse rechnete darauf, nur im Wege des Umlageverfahrens in Anspruch genommen zu werden, somit im ungünstigsten Falle freilich solidar (ungetheilt für die ganze Schuld) einstehen zu müssen, aber doch nicht anders, als wenn den Genossen wirklich die Rechtswohlthat der Theilung zustände, somit nur für die durch Insolvenz oder Unbelangbarkeit einzelner Genossen ausfallende Repartitionsquoten. Nicht rechtlich, aber thatsächlich war die direkte Haftung der einzelnen Genossen gegen die einzelnen Gläubiger durch die sog. indirekte Haftung, d. h. durch die blosse Deckungspflicht gegen die Genossenschaft, die absolute Solidarhaft durch die modifizirte Solidarhaft, d. h. die Solidarhaft mit Theilungswohlthat ersetzt. Machten aber einmal ausnahmsweise Gläubiger von ihrem unzweifelhaften Recht des direkten Einzelangriffs für die ganze Ausfallsschuld Gebrauch, so wurde dies allgemein als eine schwere Schädigung, ja als eine materielle Ungerechtigkeit (Unbilligkeit) empfunden. Das formell geltende Gesetz stand mit der Ueberzeugung gerade der betreffenden Volkskreise von dem was »recht und billig«, ja im allseitigen Interesse allein zweckmässig sei, in schneidendem Widerspruch.

Das erscheint um so erklärlicher, als inzwischen, in den letztverflossenen 20 Jahren, die deutschen Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften sich immer mehr aus wesentlich individualistischen Societäten zu kapitalbildenden Korporationen herausgebildet haben, deren ökonomischer Schwerpunkt und Kredit nicht mehr in der direkten und absoluten Solidarhaft der einzelnen Genossen, sondern in dem eigenen Vermögen der

Genossenschaft mit nur dahinter stehender Solidargarantie der einzelnen Genossen liegt. Hieraus ergiebt sich denn nach dem normalen, von mir vorlängst dargelegten Entwicklungsgange des Rechts[1] die nothwendige Umbildung der direkten und absoluten Solidarhaft in eine modifizirte solidare Deckungspflicht der Genossen gegenüber der Genossenschaft, so dass nur aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls oder des Kredits neben der durch die Deckungspflicht der Genossen realisirten Gesammthaft der Genossenschaft der direkte Einzelangriff der Gläubiger gegen die einzelnen Genossen gerechtfertigt werden kann.

Erschien nun freilich bei der gegenwärtig allgemein anerkannten, auch in den Motiven des vorliegenden Gesetzentwurfs klar gezeichneten Mangelhaftigkeit des bisherigen Umlageverfahrens der direkte Einzelangriff nicht entbehrlich, so ergeben sich doch nach dem geltenden Gesetz die schwersten Missstände.

Den Genossenschafts gläubigern steht frei, bei der Genossenschaft im Umlageverfahren Befriedigung zu suchen, aber sie erhalten diese in der Regel erst nach vieljährigen Weiterungen, da das Umlageverfahren erst im letzten Stadium des Konkurses eröffnet wird. Wollen sie die im Konkurs festgestellte Ausfallsschuld wider die einzelnen Genossen verfolgen, so müssen sie gegen diese Klage erheben, haben den — nach bisherigem mangelhaften Recht — nicht selten schwierigen Ausweis der Mitgliedschaft zu führen und sind häufig an der Realisirung ihrer Forderungen durch die früheren Zugriffe von Privatgläubigern, mitunter sogar durch Beiseiteschaffung oder Vinkulirung der Befriedigungsmittel verhindert. Es ist bemerkenswerth, dass in einzelnen eklatanten Fällen die Gläubiger zu besonderen Haftschutzvereinen zusammengetreten sind und mittelst eines ganz freiwilligen Umlageverfahrens eine sachgemässe Regulirung ihrer Ansprüche durchzuführen versucht haben.

Noch ungünstiger ist die Lage der Genossen. Sie dürfen gleichzeitig von der Genossenschaft auf Zahlung der im Umlageverfahren festgestellten Deckungsbeiträge exequirt und von jedem Gläubiger auf Höhe der ganzen Ausfallsschuld

---

[1] Vergl. meine Schrift S. 41 ff., 62, 67, 113.

belangt werden! Weder dem einen noch dem andern Anspruch können sie entgegensetzen, dass sie ihre Verbindlichkeiten vollkommen erfüllt haben, sicherlich nicht den Gläubigern. Hat ein einzelner oder haben wenige Genossen den häufig sehr beträchtlichen Schuldrest der Genossenschaft bezahlt, so bleibt denselben nur eine Regressklage wider die übrigen, mittlerweile selbst häufig zahlungsunfähig gewordenen Genossen in unzähligen Prozessen (Genossenschaftsges. § 56, vergl. § 53).

Diesen unleugbaren Missständen gegenüber habe ich — in wesentlicher Uebereinstimmung mit Schulze-Delitzsch, obwohl ich in meiner vorwiegend die Frage der beschränkten Haftpflicht erörternden Schrift nicht auf die Einzelheiten eingegangen bin — verlangt, dass das Umlageverfahren für jeden Fall der Ueberschuldung einer Genossenschaft »als integrirender Bestandtheil in der Geschäftsabwicklung der sich auflösenden Genossenschaft anerkannt« und mit dem Liquidations- bezw. Konkursverfahren in eine »zeitlich wie sachlich richtige Verbindung« unter Ersetzung des Einzelangriffs durch die blosse Repartitionshaft (Deckungspflicht) gebracht werde[1].

Wenn ich gleichzeitig, im Hinweis darauf, dass der beliebige Einzelangriff den Gläubigern selbstverständlich bequemer ist, es für zweckmässig erachtete, den Genossenschaften, je nach ihren verschiedenen Kreditbedürfnissen, die Wahl zwischen dem von Schulze-Delitzsch und mir gleichmässig vertretenen System und dem strengeren, ja vielleicht einem noch mehr den ursprünglichen Grundsätzen sich anschliessenden Haftungssystem zu überlassen[2], so hängt dieser Wunsch mit meiner prinzipiellen Abneigung gegen eine die Mannigfaltigkeit der Kreditsysteme verkümmernden gesetzlichen Uniformirung zusammen und erledigt sich jedenfalls gegenüber dem vorliegenden Entwurf, welcher nur eine Gestalt der Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung anerkennt. Die neuerdings in Genossenschaftskreisen aufgestellte Behauptung, dass ich gegen die von mir ganz unzweideutig verlangte Beseitigung des Einzelangriffs als bedenklich »ge-

[1] Vgl. meine Schrift S. 62 ff. Zustimmend Gierke, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 24 (1882) S. 391 ff.

[2] Vgl. meine Schrift S. 69.

warnt« hätte, beruht daher mindestens auf oberflächlichster Lektüre meiner Schrift. —

Der vorliegende Gesetzentwurf hat nun das Umlageverfahren in geeigneter Weise geordnet. Es ist jetzt dafür gesorgt, dass die mindestens theilweise Befriedigung der Gläubiger in einem früheren Stadium des Konkursverfahrens erfolgt, später eintretende Zahlungsunfähigkeit einzelner Genossen somit in der Regel die Befriedigung der Gläubiger nicht verhindern wird, und die zum Einzelangriff noch verstattete Ausfallsforderung (Entwurf §§ 22, 110, 121) in der Regel einen nicht allzu erheblichen Bruchtheil der ursprünglichen Genossenschaftsschuld beträgt; endlich dass soweit (noch in der Genossenschaft stehende) Genossen dem Einzelangriff unterliegen, sie hinsichtlich des Gezahlten den Rückgriff gegen die Genossenschaft haben (Entw. § 112, Motive S. 200).

Um die praktischen Wirkungen dieses Systems, dessen sorgfältig ausgearbeitete Einzelheiten (Entw. §§ 95—106) als bekannt vorausgesetzt werden dürfen, zu veranschaulichen, sei der Fall gesetzt, dass zur Zeit der Konkurseröffnung das bilanzmässige Aktivvermögen der Genossenschaft 500 000 M., dagegen die bilanzmässige Genossenschaftsschuld 1 Million M. beträgt und dass — ein sehr günstiger Fall — die fehlenden 500 000 M. oder, wie sich bei berichtigter Bilanz ergibt, 550 000 M. im Wege des vorläufigen Umlageverfahrens (sog. »Vorschussverfahren« §§ 95—101 bezw. 102) bis auf 300 000 M. beigetrieben sind, endlich dass von diesem Fehlbetrage weitere 100 000 M. alsbald oder doch bis zum Ablauf der zweimonatlichen Frist (§ 110) in dem definitiven Umlageverfahren (sog. »Nachschussverfahren« §§ 103, 104) eingezahlt worden sind. Es bleiben somit 200 000 M., welche mit Ablauf der der öffentlichen Aufstellung der Nachschussberechnung folgenden zweimonatlichen Frist die Gläubiger gegen jeden einzelnen Genossen beliebig in voller Höhe einklagen dürfen. Und zwar auch gegen diejenigen, gegen welche hinsichtlich ihrer im Vorschuss- oder Nachschussverfahren festgestellten Repartitionsquote die Zwangsvollstreckung seitens der Genossenschaft bereits schwebt (s. auch Motive S. 197), ja sogar gegen diejenigen, welche freiwillig oder zwangsweise den ganzen auf sie fallenden Antheil an der im Vorschuss- und Nachschussverfahren ausgeschriebenen Umlage gezahlt haben.

Und da selbstverständlich die redlichsten oder doch solventesten Genossen am ehesten dieser Pflicht genügt haben, so sind gerade sie dem ruinösen Einzelangriff der Gläubiger — immer noch in Höhe von 200 000 M. — am ehesten ausgesetzt.

Dazu tritt, was bisher kaum beachtet worden ist:

Die im Konkurs festgestellten, sofern nur nicht im Prüfungstermin von dem Vorstand bezw. den Liquidatoren ausdrücklich bestrittenen Forderungen gelten, sogar wenn sie vom Konkursverwalter bestritten waren, auch gegen den einzelnen Genossen als schlechthin festgestellt, ungeachtet er seinerseits zu deren Bestreitung ausser Stande war: Reichs-Konkursordn. § 197 und Entw. § 110 Abs. 3. Ja es ist zwar nicht die Verurtheilung eines Genossen, aber doch die Klageerhebung gegen solche, somit eine möglicher Weise völlig frivole Klage statthaft, ungeachtet die Forderung im Konkursverfahren streitig geblieben ist: Entw. § 110 Abs. 5, vergl. Motive S. 195 ff.

Hierdurch ist freilich für die Gläubiger sehr ausausreichend gesorgt, aber die Annahme, dass nur so der Kredit der Genossenschaften zu erhalten sei oder, wie die Motive (S. 63) — desgleichen Dr. Schenck i. d. Bl. f. Genossenschaftswesen 1888 Nr. 23 — sagen,

> die direkte Haftpflicht in ihrer reformirten Gestalt bilde »ein unentbehrliches Element in dem Kreditorganismus der Genossenschaften«,

möchte doch eine starke Uebertreibung enthalten. Wenn nach unserem Beispiel ein Betrag von etwa 20 % der Gesammtschuld der Genossenschaft, oder, nach den Motiven S. 195, in der Regel gar »nur noch ein verhältnissmässig unbedeutender Restbetrag« zur Deckung des Ausfalls der Gläubiger zu ersetzen sein wird, so kann nach aller praktischen Erfahrung unter etwaiger durch Wegfall des Einzelangriffs veranlasster Verzögerung in der Tilgung dieses Schuldrestes der Kredit der Genossenschaften schwerlich leiden. Nur um Verzögerung aber handelt es sich, da schliesslich ja auch mittelst des Umlageverfahrens die Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger erfolgt, solange noch die Gesammtheit der Genossen die erforderlichen Mittel aufzubringen vermag — im entgegengesetzten, ja überaus seltenen

Falle aber auch der Einzelangriff nicht zur Befriedigung führt. Zudem steht diesem geringen Vortheil der Gläubiger gegenüber die äusserste Härte gerade wider die gewissenhaftesten Genossen, indem diesen hinsichtlich des ja relativ noch immer erheblichen Schuldrestes — in unserem Beispiel von 200 000 M. — das Umlageverfahren keine Erleichterung der Haftung gegenüber den Gläubigern gewährt, wenngleich es ihren Regress gegen die mithaftenden Genossen erleichtert.

Im Rahmen des bestehenden Gesetzes ist dies juristisch korrekt; im Rahmen des Entwurfs, welcher dem Umlageverfahren seinen wahren Charakter eines die Härte der ja unerlässlichen solidaren Garantieobligation aller Genossen mildernden beneficium divisionis wiedergibt, dasselbe zu einem integrirenden, in die Hand der Gläubiger bezw. deren Organe gelegten Bestandtheil des die Befriedigung der Gläubiger bezweckenden Konkursverfahrens, mit Recht und Pflicht auch der Gläubiger zu dessen sachgemässer Durchführung macht, prinzipwidrig. Mit anderen Worten: unter diesem System erscheint die Zulassung des direkten Einzelangriffs auf gleichviel welchen, sogar minimalen Schuldrest als eine nur aus zwingenden praktischen Gründen zu rechtfertigende höchste Singularität.

Die juristische Konsequenz steht somit nicht auf der Seite des Entwurfs. Den Vertretern des Entwurfs liegt es ob, die praktische Nothwendigkeit des Einzelangriffs überzeugend nachzuweisen. Dieser Nachweis ist zwar versucht, aber meines Erachtens durchaus misslungen. Wenn in den Motiven (S. 60) gesagt wird: »Der von einzelnen (?!) Seiten gemachte Vorschlag, dieselbe (die direkte Haftpflicht) zu beseitigen, durch die blosse Beitragspflicht zu ersetzen, geht über das Ziel hinaus«, so kann augenscheinlich darunter nicht dasjenige Ziel verstanden werden, welches die Verfasser des Entwurfs im Auge haben mussten und sicherlich gehabt haben, mittelst des Umlageverfahrens eine geordnete, der Billigkeit keit entsprechende Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen. Nun aber ist im Entwurf, entgegen dem geltenden Recht, die Beitragspflicht der Genossen zum Umlageverfahren als Verpflichtung der Genossen gegen die Genossenschaft geregelt; es wird zutreffend hervorgehoben (Motive S. 59), dass die Genossenschaft mit ihren durch das Umlageverfahren be-

schafften Mitteln die Befriedigung der Gläubiger bewirke. Ist so das allerdings für Thatbestände dieser Art allein passende System der »Deckungspflicht« oder der sog. indirekten Haftung[1], zum leitenden Prinzip erhoben, so kann das »Ziel« doch nur in richtiger Gestaltung und voller Durchführung der Deckungspflicht, nicht aber in dem Gegentheil der indirekten Haftung, nämlich in der direkten Haftung liegen.

Die besonderen praktischen Gründe aber, welche die Motive (S. 60, 61) für die Beibehaltung des Einzelangriffs geltend machen, sind folgende:

1. Dass die Möglichkeit des Einzelangriffs im Hintergrunde stehe, werde »auf den Gang des Nachschuss-Verfahrens nachdrücklich einwirken«. »Es liegt dann« — wird gesagt — »im Interesse jedes Genossen, dass von ihm selbst und von seinen Mitgenossen die Beiträge möglichst schleunig und vollständig gezahlt werden, während ein gleicher Antrieb beim Mangel eines subsidiären Einzelangriffs fehlt. Ein solcher Antrieb ist auch wirthschaftlich nicht zu unterschätzen. Er wird nicht bloss bei der schliesslichen Befriedigung der Gläubiger sich von praktischer Bedeutung erweisen, sondern die jedem Genossen drohende unmittelbare Haftung wird schon von vornherein bei bestehender Genossenschaft auf die sittliche und wirthschaftliche Haltung der Mitglieder, auf die Vorsicht bei der Leitung und der Beaufsichtigung der genossenschaftlichen Angelegenheiten eine günstige Wirkung ausüben.«

Nun versteht sich ja freilich, dass je strenger die Haftungsprinzipien sind, um so mehr der Einzelne zur Vorsicht gemahnt, um so mehr er in den Gesammtangelegenheiten seinen individuellen Einfluss geltend zu machen veranlasst ist. Von diesem Standpunkte würde sich das ursprüngliche, dem preussischen Genossenschaftsgesetz vorangehende System der vollen direkten Solidarhaftung für die ursprüngliche Gesammtschuld am meisten empfehlen. Lässt aber, wie schon das geltende Recht und noch mehr der Entwurf anerkennt, sich eine derartige Solidarhaft mit den vernünftigen Zwecken und Einrichtungen der Genossenschaften nicht vereinigen, so hat eben die Milderung der Solidarhaftung so weit zu gehen, als mit diesen Zwecken und Einrichtungen verträglich ist. Augen-

[1] Vgl. meine Schrift S. 41, 42.

scheinlich beruht die scheinbare Deduktion der Motive auf der Voraussetzung, dass nach dem System des Entwurfs die einzelnen Genossen in der Lage seien, rechtzeitig, d. h. bevor es zum Einzelangriff kommt, die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Mittel herbeizuschaffen, und zwar auf anderem Wege herbeizuschaffen, als dass sie selbst für die nichtzahlenden Genossen eintreten — denn durch solches Eintreten würden sie ja praktisch nur den gegen sie zu richtenden Einzelangriff antizipiren. Diese Voraussetzung aber ist eine irrthümliche. Wenn, um bei unserem früheren Beispiel zu bleiben, die Tilgung der Genossenschaftsschulden aus den Mitteln des Genossenschaftsvermögens und demnächst weiter im Vorschuss- und Nachschuss-Verfahren bis auf 200000 M. erfolgt ist, und zwar derart, dass von 500 Mitgliedern 400 ihrer Vorschuss- und Nachschuss-Pflicht vollkommen Genüge geleistet haben, dagegen noch 100 Mitglieder ganz oder theilweise im Rückstande sind, so wissen jene 400 in der Regel gar nicht und können in der Regel gar nicht wissen, ob innerhalb der zweimonatlichen Frist die noch im Rückstand befindlichen 100 Genossen ihrer Pflicht genügt haben. Noch weniger sind sie, bei aller sonst in Genossenschaftsangelegenheiten bewährten Umsicht, in der Lage, auf die mögliche, lediglich in den Händen des Konkursverwalters, Gläubigerausschusses, Konkursgerichtes liegende Beitreibung der noch fehlenden 200000 M. rechtzeitig einzuwirken. Gleichwohl sind sie, und natürlich gerade sie vorzugsweise dem Einzelangriff der Gläubiger ausgesetzt.

2. Die Möglichkeit sei nicht ausgeschlossen, dass »leistungsfähige Genossen es verstehen, sich ihrer Beitragspflicht zu entziehen oder den Konkursverwalter hinzuhalten. Für solche Fälle ist es vollkommen gerechtfertigt, den einzelnen Gläubigern die Wahrung ihrer Rechte selbst in die Hand zu geben«.

Noch drastischer führt der Genossenschafts-Anwalt Dr. Schenck (Verhandlungen des schlesischen Verbandstages S. 48) in dieser Richtung aus, es könne die Genossenschaft so verblendet sein, dass sie nach der Konkurseröffnung ihre schlechten Vorstands- und Aufsichtsrathsmitglieder, welche den Vermögensverfall der Genossenschaft verschuldet hätten, wieder wähle, dass diese nun einen mit ihnen unter einer Decke spielenden Konkursverwalter wählen, das Nachschussverfahren so endlos verzögert werde u. s. f.

Wäre dieser Grund stichhaltig, so müsste in jedem Konkursverfahren, zumal über eine Societät, unter Umständen jedem Gläubiger das Recht gewährt werden, die Geltendmachung seiner Forderung selbst in die Hand zu nehmen! Ohnehin wird, wer die exekutivische Einziehung der Nachschüsse durch den Konkursverwalter, sei es durch Scheinverträge oder durch sonstige Mittel hinzuhalten weiss, vor dem Schreckbild klageweiser Geltendmachung durch den einzelnen Gläubiger geringe Scheu empfinden.

Wären aber in Wahrheit die befürchteten Uebelstände, welche sich dann nur durch eingreifende Aenderung des Konkursverfahrens selbst beseitigen liessen, so gewichtig, und wäre denselben wirklich durch die Gestaltung des Einzelangriffs abzuhelfen, so greift doch das Mittel, welches der Entwurf empfiehlt, so sehr über das erstrebte Ziel hinaus, dass es zur höchsten Ungerechtigkeit führt.

Böswillige, ja nachlässige Genossen mag die ganze Härte des Gesetzes treffen. Aber es erscheint völlig unstatthaft, für den böswilligen oder nachlässigen zahlungsfähigen Genossen, welcher das geordnete Umlageverfahren frustirt, die völlig schuldlosen Genossen leiden zu lassen. Der vorstehend (unter 1.) wörtlich angeführte Satz der Motive, welcher mit beredten Worten die Pflicht des einzelnen Genossen zur Vorsicht und Selbstthätigkeit in Leitung und Beaufsichtigung hervorhebt, trifft gar nicht die vorliegende Frage. Vielmehr enthält schon das Interesse der zahlenden Mitglieder an der gleichen Zahlung aller übrigen für die ersteren den denkbar stärksten Antrieb, auf diese Zahlung hinzuwirken, da sie ja im letzten Ergebniss für den Ausfall aufzukommen haben; aber diesem Interesse entspricht auf ihrer Seite kein anderes Zwangsmittel gegen die Renitenten, als die durch die Gesammtheit (den Konkursverwalter, Gläubigerausschuss etc.) durchzuführende Beitreibung.

Traut man somit der Energie des Konkursverwalters bezw. Gläubigerausschusses nicht, befürchtet man ferner den ja denkbaren Einfluss von Vetterschaft und dgl. in der Genossenschaft, so mag das Gesetz bestimmen, dass diejenigen Genossen, welche innerhalb der zweimonatlichen Frist ihrer Nachschussverpflichtung nicht nachgekommen sind, auf Höhe

der ihnen obliegenden Umlage — ja, will man noch strenger zu Werke gehen, auf Höhe der ganzen Ausfallsschuld — dem direkten Einzelangriff der Gläubiger ausgesetzt sind; sogar die direkte Exekution seitens der Gläubiger liesse sich, vorbehaltlich natürlich der persönlichen Einwendungen und nach gehöriger Feststellung der Genosseneigenschaft, durchaus vertheidigen.

Einem derartigen Kompromissvorschlag, welchen ich selbst in der Sachverständigenkonferenz gestellt und unter vielseitiger Zustimmung begründet habe, welchen aber die Verfasser des Entwurfs einfach ablehnen (Motive S. 61, 194), wird man sich anschliessen dürfen, ohne dadurch wider das Prinzip des Umlageverfahrens und wider die einleuchtendsten Anforderungen der Billigkeit zu verstossen.

3. In wesentlicher Uebereinstimmung mit den Motiven (S. 59, 195) hat der Genossenschaftsanwalt Dr. Schenck (s. namentlich Verhandlungen des schlesischen Verbandstages S. 48, auch Bl. für Genossenschaftswesen 1888 Nr. 23 ff.), die Unbedenklichkeit des Einzelangriffs damit zu begründen versucht, dass »es nach dem verbesserten Umlageverfahren kaum möglich sei, dass irgend ein Gläubiger noch nicht vollständig befriedigt sei«. Wäre dem aber so, so versteht es sich doch nach den bekanntesten Regeln der Gesetzespolitik, dass für einen allenfalls denkbaren, aber höchst unwahrscheinlichen Ausnahmefall nicht gesetzliche Bestimmungen getroffen werden, welche mit den schwersten praktischen Nachtheilen, mindestens in der Vorstellung der Betheiligten, verknüpft sind. Die legislative Kunst besteht ja vornehmlich in der weisen Beschränkung auf das praktisch Nothwendige; dass nicht jeder denkbare Ausnahmefall der gesetzlichen Regelung bedürftig, ja auch nur fähig ist, hat schon die erprobte Weisheit der römischen Juristen erkannt und gelehrt[1]. Man wäre sonst versucht, an die Argumentation mancher Philosophen und Staatsmänner zu denken, welche die Androhung der Todesstrafe mit der Motivirung empfehlen, dass von dieser Androhung niemals Gebrauch gemacht werden würde! Immerhin bestände zwischen dieser Argumentation und der vorliegenden der wichtige

[1] L. 3—6 D. de legibus (1, 3).

Unterschied, dass die Todesstrafe doch nur gegen den Schuldigen und nur nach Maassgabe staatlicher Anordnung angedroht wird, dagegen die Strafe des Einzelangriffs auch den völlig Schuldlosen nach Willkür jedes einzelnen Gläubigers treffen kann.

Dass diese ungeheure Gefahr des einzelnen Genossen sogar in Genossenschaftskreisen übersehen werden kann, erscheint allerdings schwer begreiflich.

4. Diese in den Motiven (S. 60—61) doch allzu euphemistisch als »scheinbare Härte« bezeichnete Gefahr und Unbill soll nach diesen Motiven a. a. O. ihre »Beseitigung« finden durch »das Regressrecht, welches den Genossen gegen die Genossenschaft unzweifelhaft zukommt. Der direkte Zugriff der Gläubiger ändere somit für die Genossen selbst an dem Ergebniss, welches ohne den Zugriff eingetreten wäre, sachlich nichts. Das Recht der Gläubiger, sich geeigneten Falls unter den haftpflichtigen Genossen diejenigen auszusuchen, welche sie in Anspruch nehmen wollen, bewirke hiernach nur eine Aenderung der Parteirolle und nicht der Haftpflicht«.

Dieses »nur« charakterisirt mehr als alles Andere die ganz formalistische Behandlung der wichtigen Frage. Macht es denn im praktischen Effekt wirklich keinen Unterschied, ob ich 200 000 oder auch nur 100 000 M. sofort zahlen muss, wenngleich mit der sogar sicheren Aussicht, später diese 200 000 oder 100 000 M. wieder zu erlangen, oder ob ich nichts zu zahlen brauche?! Plus est in re, quam in actione, sagen schon die praktischen römischen Juristen: was ich zahlen muss, wenngleich mit dem klagbaren Anspruch auf Wiedererlangung, ist einstweilen für mich verloren. Von den 400 Genossen, welche ihrer Vor- und Nachschuss-Pflicht vollkommen genügt haben, werden 1, 2, 5, 10 auf Zahlung des Gesammtschuldrestes von 200 000 M. durch den Einzelangriff herausgerissen. Bevor sie ihre »Auslage« ersetzt erhalten, werden sie in zahllosen Fällen völlig ruinirt sein. Zumal diejenigen Gesellschaftskreise, aus denen bekanntlich weitaus die Hauptmasse der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften besteht: die kleinen Geschäftsleute, Handwerker, Kaufleute können eben gar nicht oder, zumal nach dem Zusammenbruch derjenigen Genossenschaft, welche ihren Kreditbedarf vermittelt hat, nur unter unerschwinglichen Opfern mit einem Male grosse Summen

aufbringen, auch wenn die Aussicht auf deren Wiedererlangung noch so sicher wäre. Ohnehin tritt dieser Ersatz häufig erst nach Jahre langen Weiterungen ein, und es kann in der Zwischenzeit sich die thatsächliche Möglichkeit des Regresses vollständig verschoben, es können die früher solventen Genossen zahlungsunfähig geworden sein, die Befriedigungsmittel bei Seite geschafft haben u. s. f. Befürchten die Verfasser des Entwurfs Nachlässigkeit des Konkursverwalters, so liegt doch die Gefahr der Verschleppung besonders nahe, nachdem die Gläubiger bereits durch einige Genossen völlig befriedigt sind, kein treibender Gläubigerausschuss mehr dahintersteht und nun das lediglich zur Ausgleichung dienende Umlageverfahren sich mühsam und schläfrig abwickelt. Die Vorschläge des Entwurfs führen dahin, was derselbe vermeiden will: das Umlageverfahren gerade in seinem letzten und wichtigsten Stadium zu einem blossen Ausgleichungsverfahren unter den Genossen herabzudrücken, statt ihm die allein richtige Stellung eines die Regressnahme unter den Genossen verhindernden Ausgleichungsverfahrens gegenüber den Gläubigern konsequent zu erhalten.

5. Zum Erweise, dass »die direkte Haftpflicht in ihrer reformirten Gestaltung nicht bloss ein unbedenkliches, sondern auch ein unentbehrliches Element in dem Kreditorganismus der Genossenschaften bildet und durch die blosse indirekte Haft nicht zu ersetzen ist« (Motive S. 63), wird endlich ein letzter Grund angeführt: die Rechtsstellung der ausgeschiedenen, aber noch den Gläubigern haftenden Genossen. Weil nämlich für diese das Umlageverfahren unthunlich sei, so müsse nothwendig die direkte Haftpflicht auch der noch in der Genossenschaft verbliebenen Mitglieder statuirt werden (Motive S. 61 ff.).

Es leuchtet ein, dass diese Begründung wider alle legislativen Grundsätze verstösst. Wollte man nämlich auch zugeben — was zu erweisen ist und später erörtert werden soll —, dass die ausgeschiedenen Genossen nicht zum Umlageverfahren herangezogen werden können und um deswillen der direkten Haftung unterliegen müssen, so können doch augenscheinlich nicht aus diesem Grunde auch die noch in der Genossenschaft stehenden Mitglieder dem Umlageverfahren unterworfen werden. Man sollte umgekehrt den Schluss er-

warten: Weil für die letzteren das Umlageverfahren besteht, ist gegen sie der Einzelangriff entbehrlich. Wollte man aber auch nicht so weit gehen, so ist doch offenbar der gerade entgegengesetzte Schluss durchaus unstatthaft. Die Deduktion lautet: Klasse a (gegenwärtige Mitglieder) ist dem Umlageverfahren unterworfen, Klasse b (ausgeschiedene Mitglieder) nicht (nämlich nicht nach Feststellung des Entwurfs); weil Klasse b dem Umlageverfahren nicht unterworfen ist, muss gegen sie der Einzelangriff bestehen — folglich auch gegen Klasse a.

Und wenn diese Argumentation ersichtlich allen Denkgesetzen zuwiderläuft, wo findet sich denn auch nur der Schatten eines Zweckmässigkeitsgrundes, weshalb die Klassen a und b, sofern sie einander hinsichtlich der Betheiligung am Umlageverfahren nicht gleichgestellt werden können, einander hinsichtlich des Einzelangriffs gleichstehen müssen? Auch wenn die logische Gleichstellung der Klassen a und b nicht auf einem evident unrichtigen Schlusse beruhte, wenn also logisch an sich für die bereits ausgeschiedenen und die gegenwärtigen Mitglieder der Genossenschaft der gleiche Rechtssatz (Statthaftigkeit des Einzelangriffs) zu gelten hätte, so wäre damit die praktisch gleiche Behandlung in diesem Punkte in keiner Weise gerechtfertigt.

Nicht die rein formale logische Konsequenz, sondern die innerliche Zweckmässigkeit ist oberste Richtschnur der Gesetzgebung. Unsere Gesetze sind nicht und sollen nicht sein metaphysische Denksysteme, sondern zweckentsprechende Regeln für das soziale Leben.

Was ausserhalb der Motive des Gesetzentwurfs in neuester Zeit für und gegen das System des Einzelangriffs in längeren und kürzeren Darstellungen geschrieben und gesagt worden ist[1], dürfte bereits in der vorstehenden ausführlichen Erörterung seine ausreichende Würdigung gefunden haben.

Für die volle Beseitigung des Einzelangriffs sprechen

---

[1] Vgl. Dr. Schenck, in den Blättern für Genossenschaftswesen 1888 Nr. 13 ff., insbes. 23 ff.; Dr. Schultz eod. Nr. 31—33, Verhandlungen des schlesischen Verbandstages 1888 S. 42—59, 116—118; Dr. Hertz und Dr. Glackemeyer in der Zeitschrift »Die Deutsche Genossenschaft« 1888, insbes. Nr. 3, 5, 7, 8, 15—19; Mathies in den Blättern für Genossenschaftswesen 1888 Nr. 33.

nicht allein alle Zweckmässigkeits- und Erfahrungsgründe, sondern sogar — was ja in zweiter Linie steht — alle Gründe juristischer Konsequenz. Die auf dem Vereinstage mit grosser Sicherheit aufgestellte Behauptung, dass die »Solidarhaftung« selbstverständlich oder gar nothwendig den Einzelangriff bedinge, beruht auf Rechtsunkenntniss.

Ist, ganz entsprechend dem Wesen und Zweck der gegenwärtigen Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, in dem reformirten Umlageverfahren des Entwurfs die Solidarhaftung der Genossen gegen die Gläubiger zu einer modifizirt solidaren Deckungspflicht der Genossen gegen die Genossenschaft ausgestaltet, welcher ihrerseits die Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger obliegt, so lässt sich nicht gleichzeitig die reine und abstrakte, wenngleich subsidiäre direkte Solidarhaftung der Genossen statuiren, ohne das System des Gesetzes in sein Gegentheil zu verkehren. Hinter der prinzipalen Haftung der Genossenschaft, welche unzweifelhaft eine juristische Person ist[1], steht[2] die gesetzliche bürgschaftsähnliche (unbeschränkte oder beschränkte) und stets solidare Verpflichtung der Genossen, durch Vor- und Nachschüsse der Genossenschaft für die volle Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger aufzukommen. Besteht so ein Recht der Genossenschaft und nur dieser wider die Genossen — aber ein Recht, welches, wie erforderlichen Falls noch ausdrücklich gesagt werden mag, zugleich im Interesse der Gläubiger unverkürzbar und unverzichtbar ist —, so kann nicht in irgend einem Zeitpunkte gleichzeitig der Genosse den Genossenschaftsgläubigern oder gar einem einzelnen Gläubiger zur Zahlung verbunden sein, und es liesse sich höchstens strafweise gegen den im Umlageverfahren säumigen Genossen der Einzelangriff rechtfertigen. Was würde man von der gesetzgeberischen Weisheit eines Hadrian oder Justinian sagen, wenn diese verfügt hätten: die mehreren Bürgen sollen freilich nur in ihrer Gesammtheit (modifizirt solidar) haften, und es soll der Richter

[1] S. auch Urtheile des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. III S. 11, Bd. VIII S. 5; Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887) S. 42 ff.

[2] S. meine Schrift S. 56 ff.; Gierke, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 24 S. 393, 402 und Genossenschaftstheorie S. 302; Reinartz a. a. O. S. 92 ff.

das erforderliche Umlageverfahren strikt durchführen; sobald aber der Richter es unterlässt, die solventen Mitbürgen zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit anzuhalten, sollen die übrigen solventen Mitbürgen, welche ihrer Pflicht genügt haben, von den Gläubigern auf den ganzen Schuldrest belangt werden dürfen, so als ob keine Theilung (Umlageverfahren) stattgefunden hätte?!

Dazu tritt, dass die für so komplizirte Organismen wie die heutigen Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften allein geeignete sog. indirekte Haftung oder Deckungspflicht nicht allein bereits von einzelnen, freilich zur Zeit nicht eintragsfähigen Genossenschaften adoptirt ist[1], sondern auch in dem sächsischen Gesetz, die juristischen Personen betreffend, vom 15. Juni 1868 — welches um der Uniformirung des Genossenschaftsrechts willen später in seinen die Genossenschaften betreffenden Bestimmungen beseitigt worden ist, — Regelung erfahren hat: § 11 Z. 6 und Abs. 2, §§ 61—69, endlich sowohl für die verwandten Wald-Genossenschaften wie für »freie« und öffentliche Wasser-Genossenschaften durch die preussischen Gesetze vom 6. Juli 1875 (G.-S. S. 416 ff.) § 43 und vom 1. April 1879 (G.-S. S. 279 ff.) §§ 24 und 52 durchgeführt worden ist.

Insbesondere ist § 24 dieses Gesetzes, welcher die Verhältnisse der freien Wasser-Genossenschaften regelt, hervorzuheben:

> »Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haftet deren Vermögen.
>
> Genügt dasselbe zur Befriedigung der Gläubiger nicht, so ist die Genossenschaft den Gläubigern verpflichtet, die Erfüllung der Verbindlichkeiten durch Beiträge zu bewirken, welche von dem Vorstande bezw. von den Liquidatoren nach dem im Statut festgesetzten Theilnahmeverhältniss auf die Genossen umzulegen und erforderlichen Falls durch Klage beizutreiben sind.
>
> Ist zur Beitreibung der Beiträge die Zwangsvollstreckung gegen einen Genossen ganz oder theilweise fruchtlos geblieben, so ist der Ausfall auf die übrigen Genossen in gleicher Weise zu vertheilen. Dasselbe

---

[1] Vgl. Urtheil des Reichsgerichts v. 20. Dezember 1886 (Seufferts Archiv Bd. 42 Nr. 138).

findet statt, wenn über das Vermögen eines Genossen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, unbeschadet des Rechts der Genossenschaft, ihre Forderungen auf die Beiträge im Konkursverfahren zur Geltung zu bringen.«

Und wenn unbedenklich zugegeben werden darf, dass Wald- und Wasser-Genossenschaften auf einen viel geschlosseneren Interessentenkreis beschränkt zu sein pflegen, auch im geringeren Maasse auf persönlichen Kredit angewiesen sind, so hat doch der Gesetzgeber unzweideutig anerkannt, dass die Interessen ihrer Gläubiger durch das blosse Deckungssystem ausreichend gesichert erscheinen, und dass der Einzelangriff so unnöthig wie nachtheilig sei.

Bereits Schulze-Delitzsch hat wiederholt[1] darauf hingewiesen, dass dieses System — gegen die Regierungsvorlage — erst durch Beschluss des preussischen Abgeordnetenhauses zur Geltung gelangt ist. Für die Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften stände dem deutschen Reichstage die gleiche durchaus freie Erwägung zu. —

Wenn aber aus der Geschichte des deutschen Genossenschaftswesens, das ja unter dem bestehenden Gesetz zu erfreulicher Blüthe gediehen ist, der Schluss gezogen wird, dass der im Gesetzentwurf aufrecht erhaltene, immerhin sehr erheblich eingeschränkte Einzelangriff dem Gedeihen der Genossenschaften nicht hinderlich sein könne, so bewegt man sich, nach meiner Ueberzeugung, in einem sehr verhängnissvollen Irrthum.

Als die deutschen Genossenschaften entstanden, musste man nothgedrungen das strengste System der Haftpflicht wählen und vermochte nur dessen allmälige Milderung anzubahnen. Auch entbehrte man ausreichender Erfahrungen über dessen wirthschaftliche, ja soziale Gefahren. Als aber in den 70er Jahren Krisen hereinbrachen und nunmehr der Einzelangriff als besonders bedrohlich empfunden wurde, fügte man sich zeitweise in die Missstände, weil man der bewährten Kraft und Energie Schulze-Delitzsch's vertraute, es werde sich ein System finden lassen, welches eine rationelle Befriedigung der Gläubiger ohne den ver-

[1] Vgl. z. B. Material zur Revision des Genossenschaftsgesetzes S. 43.

hassten Einzelangriff ermögliche. Sogar in den Motiven des vorliegenden Gesetzentwurfs (S. 55) wird ausdrücklich anerkannt, dass bei den Katastrophen, welche »in einzelnen Fällen den Charakter wahrer Kalamitäten für die davon betroffenen Bezirke angenommen haben«, nicht bloss der Umfang der von Einzelnen zu tragenden Verluste, sondern namentlich die Unbestimmtheit und Unübersehbarkeit derselben »und die andauernde Besorgniss, aus der Zahl der Genossen von den Gläubigern allein herausgegriffen zu werden«, verderblich gewirkt habe.

Nur jenes Vertrauen hat, wie mit aller Bestimmtheit behauptet werden darf, bisher zahlreiche und wohl namentlich die vermögendsten Mitglieder der Genossenschaften von der Fahnenflucht abgehalten. Ergäbe sich aber als Frucht so vieljähriger Reformarbeit, dass gerade dieser in den Genossenschaftskreisen bisher für entscheidend erachtete Reformgedanke an dem Widerstande der Bundesregierungen scheitert — und dass mit dem jetzt in Frage stehenden Gesetz auf lange hinaus die Reform des Genossenschaftsrechts abgeschlossen wird, dürfte doch keinem Zweifel unterliegen —, so sind, nach meiner Ueberzeugung, sehr schwere Folgen unvermeidlich. Es werden sich einerseits — was ich, obwohl ja die entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs zum erheblichen Theil auf meinen Vorschlägen beruhen, für keineswegs wünschenswerth erachte — sehr zahlreiche Vorschussvereine in Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht oder gar in Aktienvereine umwandeln; es werden andererseits gerade die vermögendsten Mitglieder, vornehmlich diejenigen, welche bisher aus uneigennützigem Wohlwollen den Genossenschaften die Stütze ihrer Mitgliedschaft gewährt haben, sich zurückziehen, nicht gewillt, fernerhin das Damoklesschwert des Einzelangriffs über ihren Häuptern schweben zu lassen.

Man sehe nur z. B. die völlig unzweideutigen Erklärungen sehr angesehener Mitglieder von Genossenschaften auf dem schlesischen Verbandstage (Verhandlungen S. 56—59).

Können die Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften inmitten eines mit steigender Erbitterung geführten Interessenkampfes und gegenüber der wachsenden Beherrschung von Verkehr und Geldmarkt durch die grossen Kapitalmächte sich

nur durch selbstlose Hingabe Vieler an die gemeinnützigen Genossenschaftszwecke behaupten, so hat die Reformgesetzgebung sicher allen Grund, mit äusserster Vorsicht jeden Schritt zu vermeiden, welcher nothwendig diese Hingabe abschwächen oder gar vernichten muss. Die jetzt aufgestellte Behauptung aber, dass der »Kredit« der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften die Beibehaltung des Einzelangriffs erfordere, hat in den von dem früheren und dem gegenwärtigen Genossenschaftsanwalt beantragten einstimmigen Beschlüssen zweier allgemeiner Vereinstage und in früheren beredten Ausführungen des gegenwärtigen Genossenschaftsanwalts selbst seine ausreichende Widerlegung erfahren. In dieser Beziehung sind doch augenscheinlich die Genossenschaften selbst die besten, ja einzig kompetenten Sachverständigen, und ich vermag nicht einzusehen, wie die von vielen Seiten für juristisch zutreffend erachteten Ausführungen der Gesetzmotive in dieser, ausschliesslich aus Lebenserfahrung und genauer Kenntniss der Verkehrsbedürfnisse zu entscheidenden Frage eine Meinungsänderung zu bewirken vermögen. Praktische Männer können sich vielleicht darüber täuschen, ob der Einzelangriff mit dem Bestande und den wahren Interessen der Genossenschaften verträglich sei; nicht aber darüber, ob der Einzelangriff für ihren Bestand und ihr Gedeihen erforderlich sei. Ich selbst war früher der Ansicht, dass man den einzelnen Genossenschaften die Wahl eines strengsten oder eines milden Kreditsystems überlassen solle, d. h. die Wahl zwischen dem System der direkten und sogar prinzipalen streng solidaren Haftung der einzelnen Genossen und dem System der blossen indirekten Haftung (modifizirt solidares Deckungssystem). Wird dieses Wahlrecht nicht begehrt, entscheidet man sich für das blosse Deckungssystem aus dem doppelten Grunde, weil der Kredit der Genossenschaften ein strengeres System nicht erfordere und weil der Einzelangriff für den Bestand der Genossenschaften gefährdend sei. so liesse sich verstehen, dass man sich von der Irrigkeit des zweiten Grundes überzeugt — aber kaum, dass man auch hinsichtlich des ersten Grundes zu der gegentheiligen Ueberzeugung bekehrt werde.

II. Die Heranziehung ausgeschiedener Genossen zum Umlageverfahren.

Die Bilanz der Genossenschaft hat per 31. Dezember 1888 einen wirklichen oder anscheinenden Ueberschuss der Activa über die Passiva von 50000 M. ergeben. Per 31. Dezember 1888 sind 50 Mitglieder ausgeschieden. Es sind zwei Fälle möglich:

1. Löst sich die Genossenschaft bis zum 30. Juni 1889 einschliesslich auf (nach geltendem Recht: bis zum 31. März 1889 einschliesslich), so ist zu unterscheiden:

a. Die Ausgeschiedenen haben sich mit der Genossenschaft nicht auseinandergesetzt, aber ihr Geschäftsguthaben an einen Anderen (delegationsweise) übertragen. Verfällt dann die Genossenschaft später in Konkurs, so sind die ausgeschiedenen Genossen für diejenigen Nachschüsse, welche ihnen (unter Berücksichtigung ihrer Guthaben) im Falle ihres nicht erfolgten Ausscheidens obgelegen hätten, zum Umlageverfahren heranzuziehen, aber erst subsidiär, nämlich erst hinter den Erwerbern ihrer Geschäftsguthaben. (Die sechsmonatige Frist kann in diesem Falle übrigens auch vom Zeitpunkte des Ausscheidens an laufen, da diese Art des Ausscheidens an einen bestimmten Zeitpunkt nicht gebunden ist.) Vgl. Entwurf § 70 und Motive S. 151 ff.

b. Die Ausgeschiedenen haben sich mit der Genossenschaft auseinandergesetzt, eine Uebertragung der Geschäftsguthaben an Andere hat nicht stattgefunden. In diesem Falle werden die Ausgeschiedenen schlechthin so behandelt, als wenn sie noch Mitglieder der Genossenschaft wären: die sogar vollzogene Auseinandersetzung wird rescindirt. Sie haben somit kein Recht auf Herauszahlung ihres »Guthabens«, müssen vielmehr das Empfangene zurückzahlen. Sie haben Pflicht wie Recht der Heranziehung zum Umlageverfahren (Vorschuss- und Nachschuss-Verfahren) ganz so, als ob ihr Ausscheiden nicht erfolgt wäre, werden also nicht lediglich mit ihrem bilanzmässigen Verlustantheil zur kompensatorischen oder gar mittelst Zu-

schussleistung bewirkten Deckung des bilanzmässigen oder später sich ergebenden Ausfalles herangezogen. Vgl. Entwurf §§ 68, 69.

2. Die Genossenschaft löst sich am 1. Juli 1889 oder später auf. In diesem Falle haben die Ausgeschiedenen, welche sich — was, von dem Falle der Delegation (1. a) abgesehen, stets gesetzlich nothwendig ist — mit der Genossenschaft auseinandergesetzt haben, die Stellung von einfachen Konkursgläubigern der Genossenschaft hinsichtlich ihres bei der Auseinandersetzung festgestellten Guthabens, von gemeinen Schuldnern der Genossenschaft hinsichtlich des ihnen nach der Auseinandersetzung obliegenden Zuschusses. Sie brauchen das etwa als »Guthaben« Empfangene nicht zu restituiren und haben weder Recht noch Pflicht der Betheiligung am Umlageverfahren. Dass sie gleichwohl, zwar nicht passiv, aber aktiv später in dasselbe hineingezogen werden können (Entwurf § 112), wird sich alsbald ergeben.

Hinsichtlich ihrer Betheiligung am Umlageverfahren unterliegen somit die ausgeschiedenen Genossen einer durchaus verschiedenen Behandlung:

1) je nachdem die Auflösung der Genossenschaft binnen oder nach Ablauf einer vom Zeitpunkt des Ausscheidens ab berechneten sechsmonatigen Frist erfolgt ist;
2) im ersten Falle, je nachdem eine delegationsweise Uebertragung des Guthabens oder eine Auseinandersetzung mit der Genossenschaft stattgefunden hat.

Dagegen hinsichtlich ihrer Haftung gegenüber den Gläubigern gilt für alle Ausgeschiedenen das gleiche Recht.

Nämlich sie bleiben für die bis zum Zeitpunkte ihres Ausscheidens, welcher für die verschiedenen Kategorieen nicht gleichmässig berechnet, möglicher Weise um ein ganzes Jahr nachdatirt wird (Entwurf §§ 65, 70), eingegangenen Genossenschaftsschulden den Genossenschaftsgläubigern und zwar jedem einzelnen derselben solidarisch ohne Theilungswohlthat und mit ihrem ganzen Vermögen, obwohl nur subsidiär, für die aus dem Vermögen der Genossenschaft einerseits, durch Vorschüsse und Nachschüsse der in der Genossenschaft verbliebenen Mit-

glieder bis zu dem gesetzlichen Zeitpunkte andererseits nicht gedeckte »Ausfallsschuld« verhaftet, und zwar:

1) schlechthin 3 Jahre lang, vom Zeitpunkte ihres Ausscheidens ab berechnet. Diese 3 Jahre bilden keine Verjährungszeit, sondern eine gesetzliche Befristung;
2) wird innerhalb dieser 3 Jahre das Konkursverfahren über das Genossenschaftsvermögen eröffnet, so besteht diese Haftung fort bis zum Ablauf von 2 Jahren, beginnend mit der in § 110 festgestellten Frist. Diese 2 Jahre bilden eine, in manchen Beziehungen privilegirte Verjährungsfrist[1].

Angenommen, dass — um eine mittlere Zahl zu nehmen — der Konkurs über das Genossenschaftsvermögen 18 Monate nach dem Ausscheiden eröffnet wird, dass bis zum Vollzug der Schlussvertheilung (Entwurf § 103) auch nur ein Jahr verfliesst, bis zur Vollstreckbarerklärung der Nachschussberechnung weitere 6 Monate (Entwurf §§ 103, 110), und nunmehr nach Verlauf weiterer 2 Monate (Entwurf § 110) der Lauf der zweijährigen Verjährungsfrist beginnt, so würde die Dauer der solidaren und unbeschränkten Haftung der Ausgeschiedenen gegenüber den Genossenschaftsgläubigern sich auf den Zeitraum von 5 Jahren 2 Monaten erstrecken — sie kann aber sehr leicht auf 6, 7 und mehr Jahre sich erstrecken.

Bleiben wir bei der vorstehenden Durchschnittsberechnung, so dürfen nach Verlauf von 3 Jahren 2 Monaten seit dem Ausscheiden die Ausgeschiedenen von den Gläubigern belangt werden auf Höhe der ganzen Ausfallsschuld (Entwurf §§ 71, 110), ganz gleich den in der Genossenschaft verbliebenen Mitgliedern, ja anscheinend vor diesen dadurch begünstigt, dass sie zu dem Umlageverfahren nicht herangezogen worden sind, also bis dahin aus eigenem Vermögen nichts zugeschossen haben.

Aber gleichzeitig ist auch ihre Lage eine weitaus ungünstigere als die Situation der gegenwärtigen Genossenschaftsmitglieder. Die letzteren haben immerhin in dem Vorstand bezw. den Liquidatoren ihre natürlichen Vertreter, den ausgeschiedenen fehlen solche durchaus. Gleichwohl gilt auch gegen sie, dass sie eine von dem Vorstand oder den Liqui-

---

[1] Vgl. Entwurf §§ 71, 111 und Motive S. 154, 155, 198.

datoren nicht ausdrücklich bestrittene vom Gericht festgestellte Forderung nicht bestreiten können, dass ein gegen den Vorstand bezw. die Liquidatoren hinsichtlich einer bestrittenen Forderung ergangenes rechtskräftiges Urtheil auch ihnen gegenüber wirkt (Entwurf § 111 Abs. 2, 3, vgl. § 104 Abs. 2) – von dem ja zustehenden Interventionsrecht (Civilprozessordnung §§ 63 ff.) dürfte schwerlich je Gebrauch gemacht werden.

Allerdings hat der vielleicht nach Ablauf vieler Jahre nach seinem Ausscheiden durch den Einzelangriff von Gläubigern ruinirte Genosse, welcher sich mit der Genossenschaft auseinandergesetzt hatte, den Rückgriff gegen die Genossenschaft, und zwar auf den vollen Betrag des Gezahlten, allenfalls gegen die einzelnen, in gleicher Lage befindlichen ausgeschiedenen Genossen (Entwurf §§ 68, 112 und Motive S. 63. 200) — indess wie geringen Schutz dieses Regressrecht praktisch gewährt, ist bereits im ersten Abschnitt erörtert.

Da ich mich strenge auf die Beantwortung der mir vorgelegten Fragen beschränke, so steht hier nicht zu prüfen, ob die im Entwurf angenommene Haftungs*dauer* der ausgeschiedenen Genossen gerechtfertigt erscheint. Wie dem aber auch sei, so ist sehr zu befürchten, dass in Zukunft kein irgend vorsichtiger Mann, welcher dem Gesammtinhalt des soeben in seinen praktischen Konsequenzen klargelegten Gesetzes genau erwägt, sich einer unter diesem Gesetz stehenden Genossenschaft anschliessen wird, da er durch sein Ausscheiden aus derselben in eine fast noch bedenklichere Lage gerathen würde, als — die Statthaftigkeit des Einzelangriffs überall vorausgesetzt — durch sein Verbleiben in der Genossenschaft.

Auch davon kann abgesehen werden, ob die Nichtheranziehung der ausgeschiedenen Genossen zum Umlageverfahren dem *geltenden* Recht entspricht, zumal die bis zur Aenderung der Judikatur maassgebende Autorität des Reichsgerichts dieser Annahme zur Seite steht.

Immerhin ist bekannt, dass der die Grundlage des geltenden Gesetzes bildende Gesetzentwurf von *Schulze-Delitzsch* unzweideutig das Gegentheil vorgeschlagen hat, und wie jeder Anhalt fehlt, dass die Civilprozesskommission durch ihre Fassungsänderung in diesem wichtigen Punkte eine Aenderung des Gesetzentwurfes beabsichtigt habe, Bundesrath und Reichs-

tag aber auf die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs überhaupt nicht eingegangen sind[1].

Es ist weiter klar, dass die Rechtsgründe, mit welchen die Ausschliessung der Ausgeschiedenen vom Umlageverfahren bisher vertreten worden ist, lediglich dem Umlageverfahren des zur Zeit geltenden Rechts entnommen sind, nicht aber auch für die völlig veränderte Gestalt desjenigen Umlageverfahrens, welches der vorliegende Entwurf aufstellt, zutreffen.

Wenn die ausgeschiedenen Genossenschafter durch die vollzogene Auseinandersetzung nach Recht und Pflicht aus jedem Rechtsverbande zur Genossenschaft herausgetreten sind, und wenn gleichzeitig das Umlageverfahren eine lediglich innere Angelegenheit der Genossenschaft bildet, welche zwar thatsächlich, aber nicht rechtlich die Lage der Genossenschaftsgläubiger und der diesen haftenden (gegenwärtigen und früheren) Genossen berührt, wenn diese beiden Prämissen zutreffen, so lässt sich freilich, wie ich dies stets anerkannt habe[2], die Heranziehung der Ausgeschiedenen zum Umlageverfahren, wie zweckmässig sie auch im Uebrigen erscheinen mag, mit den Prinzipien des geltenden Rechts schwer in Einklang bringen.

Wird hingegen, wie im Entwurf geschieht und im ersten Theil dieser Erörterungen eingehend dargelegt ist, das Umlageverfahren als integrirender Bestandtheil des Konkursverfahrens anerkannt, als Recht und Pflicht zugleich der Gläubiger, trägt es und muss es naturgemäss den Charakter eines auxilium divisionis tragen, so verschiebt sich augenscheinlich die Sachlage auch juristisch vollkommen.

Dies hat denn auch bereits das Reichsgericht selbst (Urtheil des I. Civilsenats vom 27. September 1886 i. S. des Vorschussvereins zu Treptow c. Sch. u. Gen. [Beiträge von Rassow u. Küntzel Bd. XXXI S. 90 ff. — auch in den Blättern für Genossenschaftswesen 1887 Nr. 8]) ausdrücklich anerkannt. »Wäre« — heisst es hier wörtlich — (in dem

---

[1] Vgl. meine Schrift S. 19 ff.

[2] Vgl. meine Schrift S. 25; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VIII S. 72.

geltenden Gesetz) »den Genossenschaftsgläubigern das Recht beigelegt worden, insgesammt durch ein sie vertretendes Organ gegen die Gesammtheit der persönlich haftenden Genossenschafter unter Umlegung der zu deckenden Schuld auf die einzelnen Genossenschafter (nach Köpfen) vorzugehen, so würde es sich von selbst verstanden haben, dass das Umlageverfahren auch gegen ausgeschiedene Genossenschafter gerichtet werden könnte, so lange sie gemäss § 39 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes den Gläubigern verhaftet sind.« Aber, heisst es weiter, ein derartiges Umlageverfahren sei dem geltenden Gesetz (vom 4. Juli 1868) fremd.

Dem gegenüber ist es auffällig, dass die Motive S. 61 ff. – und entsprechend Dr. Schenck in den Blättern für Genossenschaftswesen 1888 Nr. 22 — obwohl sie ja wiederholt und sehr scharf die Verschiedenheit des im Entwurf geplanten Umlageverfahrens von dem Umlageverfahren des bestehenden Gesetzes betonen, und S. 58 sogar wörtlich ausführen:

> »Um den Gläubigern die ihnen zubilligende Einwirkung auf die Feststellung und Einziehung der von den Genossen zu leistenden Beiträge zu sichern, darf das Verfahren nicht wie bisher dem Vorstand, unabhängig vom Konkursverwalter, sondern muss dem letzteren übertragen werden, unter der Beaufsichtigung des Konkursgerichts und Mitwirkung der Gläubiger in den durch die Konkursordnung gegebenen Schranken«,

ihre Gründe gegen die Heranziehung der Ausgeschiedenen zum Umlageverfahren nicht den Prinzipien des neuen, sondern den völlig abweichenden Prinzipien des alten Gesetzes entnehmen.

Indessen kommt es ja, wie schon mehrfach hervorgehoben ist, weniger auf die sog. prinzipielle Korrektheit als auf Zweckmässigkeit an. Es soll daher im Folgenden der Nachweis erbracht werden, dass die Heranziehung der ausgeschiedenen Genossen zum Umlageverfahren dem wahren Interesse der Genossenschaft, ihrer Gläubiger, ja der Ausgeschiedenen selbst entspricht. Nur versteht sich, dass hier Interessenkonflikte vorliegen und dass es ohne alle Schädigung auch berechtigter Interessen nicht abgeht. In solchem Falle besteht

eben die Aufgabe des umsichtigen Gesetzgebers darin, denjenigen Weg zu wählen, welcher bei sorgsamster Erwägung im Ganzen und Grossen als der zweckmässigste erscheint.

Als solcher erscheint nicht die Ausschliessung der Ausgeschiedenen vom Umlageverfahren, sondern deren Heranziehung.

1. Die Ausschliessung der Ausgeschiedenen verhindert augenscheinlich die Aufstellung einer jeden sicheren Berechnung der zur Befriedigung der Gläubiger paraten Mittel. Findet die Auflösung der Genossenschaft bis zum 30. Juni 1889 statt, so hat der Konkursverwalter auch die seit 31. Dezember 1888 ausgeschiedenen 50 Genossen, ungeachtet der vollzogenen Auseinandersetzung, heranzuziehen; wenn am 1. Juli 1889, so soll dies unstatthaft sein. Da nun aber diese Ausgeschiedenen gleichwohl den Gläubigern haften, so kommen doch deren Leistungen indirekt der Genossenschaft zu Gute, wenn auch vorbehaltlich des in einem weiteren Nachschussverfahren (Entwurf § 112) zu nehmenden Regresses. Anders ausgedrückt: die wirkliche Befriedigungsmasse ist unbekannt, bekannt ist nur die Passivmasse. Wollte man aber etwa behaupten, dass ja die Regresssumme der Ausgeschiedenen mit dem im Umlageverfahren ihnen aus Genossenschaftsmitteln zu ersetzenden Betrage identisch sei, eine Umlage auf die Ausgeschiedenen somit nicht ein Genossenschaftsaktivum darstelle, so würde man übersehen, dass die Regresssumme — nach jedem System — erst in zweiter Linie steht, d. h. erst nach Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger zur Perzeption kommt und dass die in der Zwischenzeit, insbesondere durch die bisherigen Zahlungen veränderten Solvenzverhältnisse der regresspflichtigen Genossen den Regressnehmern zum Nachtheil gereichen.

2. Das Interesse der Genossenschaft an der Heranziehung der Ausgeschiedenen liegt klar auf der Hand. Es ist ja bekannt, dass nur zu häufig bei ungünstigem Vermögensstande, ja bei irgend erheblichen Verlusten, zahlreiche Genossen austreten, um sich dem drohenden Umlageverfahren zu entziehen. Dies wird auch durch den gegenwärtigen Entwurf (Rückdatirung des Auflösungsbeschlusses um sechs Monate) nur erschwert, nicht verhindert. Will der Verein diese viel-

leicht vermögendsten Genossen zum Umlageverfahren heranziehen, so bleibt ihm nur das Mittel der Selbstvernichtung, d. h. der Auflösung binnen kurzer Frist. Gerade diese nothwendige Konsequenz des vom Entwurfe befolgten Systems hat den scharfen Widerspruch Schulze-Delitzschs wie des gegenwärtigen Genossenschaftsanwalts, welcher sich jetzt auch in diesem Punkte auf die Seite des Entwurfs gestellt hat, hervorgerufen.

3. Anscheinend nicht so klar liegt das Interesse der Gläubiger. Es kann sich fragen, ob nicht, wenn der Einzelangriff beibehalten wird, einzelne Gläubiger es vorziehen werden, mit direkter Klage auf Zahlung der ganzen Ausfallsschuld wider die Ausgeschiedenen vorzugehen. Allein wenn man erwägt, dass dies erst in einem sehr späten Zeitpunkt geschehen kann, so dürften doch die Gläubiger im Durchschnitt das geordnete, ohne Bemühung von ihrer Seite zur Befriedigung führende Umlageverfahren dem immerhin beschwerlicheren und gehässigen Einzelangriff vorziehen. Ist der Einzelangriff überhaupt zum Schutz der Gläubiger nicht erforderlich, so auch nicht gegen die Ausgeschiedenen; erforderlich wird er nur, wenn man ohne Noth die Ausgeschiedenen vom Umlageverfahren ausschliesst.

4. Verwickelter liegt die Frage nach dem Interesse der Ausgeschiedenen, weil eben ein Interessenkonflikt besteht.

Die Ausgeschiedenen, welche sich mit der Genossenschaft »auseinandergesetzt« haben, hoffen, dass sie für die Genossenschaftsschulden nicht werden in Anspruch genommen werden; jede Heranziehung zur Schuldendeckung ist ihnen selbstverständlich äusserst unerwünscht, ja wird von ihnen als ein Unrecht empfunden. Nun liegt aber die Alternative nicht so, wie von gegnerischer Seite argumentirt wird: Sollen die Ausgeschiedenen zum Umlageverfahren herangezogen werden oder von jeder Haftungspflicht frei sein, sondern sie liegt so: Sollen die Ausgeschiedenen zum Umlageverfahren herangezogen werden oder dem Einzelangriff der Gläubiger, wenngleich erst in einem späteren Zeitpunkt, ausgesetzt sein?

Angenommen, dass der ohne Heranziehung der Ausgeschiedenen zum Umlageverfahren in dem kritischen Moment zu deckende Schuldrest 200 000 M. beträgt, für dessen Tilgung auch die im Laufe der letzten 2, 3, 4 Jahre vor diesem Zeit-

punkte ausgeschiedenen 150 Genossen den Gläubigern aufzukommen haben, und man legt diesen 150 Personen die Frage vor:

> »Zieht Ihr es vor, im Umlageverfahren, also etwa innerhalb eines Jahres nach der Auflösung ein Jeder pro rata, etwa mit je 1000 M. im Wege der Umlage herangezogen zu werden, unter demnächstigem, im weiteren Umlageverfahren zu nehmenden Regress für die gezahlten 1000 M. an die Genossenschaft — oder wollt Ihr lieber der Gefahr ausgesetzt sein, dass nach Ablauf etwa eines weiteren Jahres oder weiterer 18 Monate jeder Einzelne von Euch beliebig auf den Betrag von 200000 M. (100000, 50000 u. dgl.) belangt werde, vorbehaltlich seines Regresses gegen die Genossenschaft und gegen die in gleicher Haftlage befindlichen Genossen?«

so dürfte für einigermaassen vorsichtige und verständige Männer die Antwort kaum zweifelhaft sein. Ja sie dürften wohl mit gutem Grunde sagen: Der im Wesen der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaft liegende, gesetzlich verbürgte freie Austritt aus der Genossenschaft ist für uns ein Fallstrick geworden. Indem wir jeder Einwirkung auf die Feststellung der Genossenschaftsschuld und auf das Umlageverfahren, welches doch die volle Tilgung dieser Schuld und zwar durch angemessene Vertheilung auf die sämmtlichen einzelnen haftenden Genossen bezweckt, entbehren, sind wir in einer ungünstigeren Lage, als unsere in der Genossenschaft verbliebenen Genossen.

Die Versagung der Betheiligung am Umlageverfahren stellt sich vorsichtigen und redlichen Männern als ein indirektes Zwangsmittel dar, in der Genossenschaft zu verbleiben — entgegen dem klaren Willen des Gesetzes, welches jeden Zwang dieser Art absolut verpönt: Entwurf §§ 60, 62, 18.

Mindestens könnten die Ausgeschiedenen begehren, dass für sie ein besonderes Umlageverfahren eröffnet, d. h. dass unter sie, soweit sie solvent sind, der Schuldrest gleichmässig vertheilt werde, damit die Rechtswohlthat der Theilung (beneficium divisionis), welche sie vermöge des Umlageverfahrens als Mitglieder der Genossenschaft genossen

haben, ihnen nicht ohne Grund entzogen werde. Erscheint aber dieses Verlangen unausführbar, weil diesem besonderen Umlageverfahren die nothwendige Grundlage eines festen Status der Aktiven und Passiven fehlen würde — da ja unmöglich festgestellt werden kann, welcher Theil des Schuldrestes noch durch die in der Genossenschaft verbliebenen Mitglieder gedeckt werden wird und welche Gläubiger sich gerade an die Ausgeschiedenen halten werden —, so bleibt im überwiegend vernünftigen Interesse gerade der Ausgeschiedenen nur übrig, das allgemeine Umlageverfahren auch auf sie auszudehnen.

Nun besteht ja die Aufgabe der Gesetzgebung gerade darin, in solchem, bekanntlich sehr häufigen Interessenkonflikt denjenigen Weg einzuschlagen, welcher dem vernünftigen allgemeinen, und nicht denjenigen, welcher dem unvernünftigen, rein egoistischen Willen einzelner Betheiligten entspricht. —

Was so von dem bisher allein geprüften Interessenstandpunkt sich als unabweisliche Regelung ergiebt, entspricht aber auch durchaus den richtig verstandenen Rechtsprinzipien des Entwurfs, wenn man nur nicht den Fehler begeht, nicht die Gesammtheit dieser Rechtsprinzipien in Betracht zu ziehen, sondern einen einzelnen dieser Grundsätze für sich allein ins Auge zu fassen.

1. Ist das Umlageverfahren seinem rechtlichen Wesen nach eine Rechtswohlthat den Gläubigern gegenüber (beneficium oder auxilium divisionis), so kann es nicht auf die in der Genossenschaft zur Zeit der Auflösung verbliebenen Genossen beschränkt werden. Denn die noch gegenwärtigen und die bereits ausgeschiedenen, aber den Gläubigern noch haftenden Genossen sind gleichmässig gesetzliche Solidarbürgen der Genossenschaftsschuld. Den Gläubigern gegenüber bilden sie innerhalb der Haftzeit einen Körper: es ist juristisch durchaus unstatthaft, die einzelnen Glieder dieses Körpers nach dem für die Gläubiger völlig unerheblichen Umstand der gegenwärtigen Mitgliedschaft oder des erfolgten Ausscheidens verschiedener Behandlung zu unterwerfen.

2. Das Recht der Genossenschaft, die ausgeschiedenen Genossen zum Umlageverfahren heranzuziehen, wird aus dem Grunde in Abrede gestellt, weil zu Folge der »Aus-

einandersetzung« dieselben ihren Antheil an den Genossenschaftsschulden bereits getilgt hätten. Indessen dieser Grundsatz des gemeinen bürgerlichen und Handelsverkehrs, dass mit der Auseinandersetzung Alles »abgemacht« ist, trifft für die sehr verwickelten Verhältnisse der Genossenschaften nicht schlechthin zu. Jeder Genosse weiss, dass er trotz seines Ausscheidens noch lange Jahre für die Genossenschaftsschulden den Gläubigern haftbar bleibt; er weiss oder muss doch als verständiger Mann wissen, dass jede Bilanz, also auch diejenige, auf deren Grund die »Auseinandersetzung« erfolgt ist, nur annähernd richtig ist und dass im späteren Konkursfalle die Werthschätzung zumal der Aktiven durchaus anders ausfällt, als vor dem Konkursausbruch.

Er weiss endlich oder muss doch wissen, dass die Auseinandersetzung mit den Ausscheidenden gerade nach § 68 des Entwurfs, unter der selbstverständlichen Voraussetzung der Solvenz wie Belangbarkeit der sämmtlichen Genossen geschieht, weil ja nur unter dieser Voraussetzung die Repartition der Genossenschaftsschulden nach Kopftheilen und die darauf beruhende Berechnung der Schuldantheile der Ausscheidenden möglich ist[1]. Anders ausgedrückt: in der bestehenden Genossenschaft werden zu Gunsten der Ausscheidenden alle Mitglieder als gleich gut fingirt, während augenscheinlich diese Fiktion in dem Augenblicke, da die Genossenschaft in Konkurs verfällt, nicht aufrecht erhalten werden kann. Die praktische und juristische Remedur kann aber nur darin bestehen, dass die Ausgeschiedenen zu dem Umlageverfahren, welches die Uebertragung der die insolventen (unbelangbaren) Genossen treffenden Schuldantheile auf die solventen Mitglieder bezweckt und bewirkt, herangezogen werden, unbeschadet natürlich ihres späteren, ja auch im Entwurf für den Fall des erfolgreichen Einzelangriffs anerkannten Regresses.

So lässt sich, gerade bei schärferer juristischer Erwägung, das im allseitigen Interesse begründete Recht der Genossenschaft, alle noch den Gläubigern haftenden gegen-

---

[1] Vgl. zutreffend Dr. Hertz, Die deutsche Genossenschaft 1888 Nr. 16.

wärtigen und ehemaligen Genossen zu dem im allseitigen Interesse liegenden Umlageverfahren heranzuziehen, schwerlich bezweifeln.

Wollte man indessen auch dieses Recht der Genossenschaft bezweifeln, so wird man doch deren entsprechende Pflicht, somit das Recht der Ausgeschiedenen auf diese Heranziehung, schwerlich in Abrede stellen. Mit der blossen »Auseinandersetzung«, ja sogar mit der Herauszahlung des etwaigen Aktiv- oder Passiv-Saldos des ausgeschiedenen Genossen ist nur formell Alles »abgemacht«, nicht materiell.

Der ausgeschiedene Genosse hat in Folge der Auseinandersetzung nach allgemeinen Prinzipien das unzweifelhafte Recht gegen die Genossenschaft, von den Genossenschaftsschulden, für welche er gesetzlich haftbar bleibt, liberirt oder doch hinsichtlich derselben von der Genossenschaft gegen die Gläubiger vertreten zu werden:

> L. 27, 28, 38 pr. D. pro socio (17, 2). A.L.R. I 17 § 302: »Soweit der austretende Gesellschafter den übrigen den zur Tilgung seines Antheils an den gemeinschaftlichen Schulden erforderlichen Fonds zurücklässt, kann er fordern, dass sie in einer zu bestimmenden Zeit die erfolgte Befriedigung dieser Societätsgläubiger oder seine von deren Ansprüchen bewirkte Befreiung nachweisen«. § 303: »Dabei findet alles statt, was in einem gleichen Falle wegen sich auseinandersetzender Miterben verordnet ist« (§§ 147 bis 150)[1].

Dass dieser selbstverständliche Grundsatz auch für die Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften gilt, hat das Reichsgericht ausdrücklich anerkannt:

> Urtheil vom 6. November 1886 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 18 S. 89).

Durch den nach erfolgter Tilgung der Genossenschaftsschulden unzweifelhaft gegen die Genossenschaft statthaften und, nach § 112 des Entwurfs, im Umlageverfahren zu realisirenden Regress wird dieser Pflicht der Genossenschaft

[1] Vgl. A.L.R. II 8 § 670. S. auch Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 177.

gegen die ausscheidenden Genossen augenscheinlich nur sehr unvollkommen genügt. Lässt sich nun nach bestehendem Recht und — wie anerkannt werden muss — nach der Natur der Dinge der unzweifelhafte Anspruch des ausgeschiedenen Genossen gegen die Genossenschaft auf Liberation oder Vertretung nicht durchführen, ohne die Interessen der Genossenschaft zu gefährden, ist vielmehr zuzugeben, dass der Ausgeschiedene sich an das Genossenschaftsvermögen nur im Regresswege halten kann, so versteht sich doch nach unzweifelhaften Rechtsprinzipien von selbst, dass die Genossenschaft mindestens verpflichtet ist, soweit ohne eigene Gefährdung möglich, dem ausgeschiedenen Genossen die Tilgung der Genossenschaftsschulden entsprechend zu erleichtern, d. h. ihn an dem Umlageverfahren zu betheiligen.

Es steht, wohlverstanden, nicht ein blosser Billigkeitsanspruch der ausgeschiedenen Genossenschafter gegen die Genossenschaft — obwohl auch dieser bei einer durchgreifend reformirenden Gesetzgebung volle Berücksichtigung erheischen würde —, sondern ein klarer Rechtsanspruch in Frage, dessen Anerkennung sich das Gesetz nicht entziehen darf. —

Die vorstehende Darlegung hat ergeben, dass die Heranziehung der Ausgeschiedenen zum Umlageverfahren nothwendig ist, um eine sichere Feststellung der Befriedigungsmasse zu ermöglichen, dass sie im Interesse der Genossenschaft, im vernünftigen Interesse der Genossenschaftsgläubiger und der ausgeschiedenen Genossen selbst liegt, dass dieselben nach Rechtsprinzipien den Gläubigern gegenüber die nur modifizirt solidare Haftung im Umlageverfahren beanspruchen dürfen, dass sie endlich der Genossenschaft gegenüber ein unzweifelhaftes Recht auf diese Heranziehung haben, ja dass sogar das Recht der Genossenschaft, die ausgeschiedenen Genossen zum Umlageverfahren heranzuziehen, nicht füglich bezweifelt werden kann. Schon einer dieser Gründe würde für die Gesetzgebung vollkommen ausreichen, und in einem etwaigen Konflikt der Gründe hätten die gewichtigeren den Ausschlag zu geben.

Indem all dies von der gegnerischen Ansicht verkannt wird, zerreisst sie den wirthschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, welcher zwischen den gegenwärtigen und den

bereits ausgeschiedenen aber noch haftenden Genossen besteht. Indem sie die Rechtsverhältnisse beider Klassen nur insofern gleichmässig regelt, dass sie beide dem für die erste Klasse sicherlich unthunlichen, für die zweite Klasse überflüssigen Einzelangriff unterwirft, im Uebrigen aber verschieden, indem sie die ausgeschiedenen Genossen zwar nach dem Erfolge des Umlageverfahrens haften lässt, aber an diesem nicht betheiligt, dann aber doch wieder behufs ihrer Befriedigung im Regresswege ein neues Umlageverfahren (Nachschussverfahren) eröffnet, verhindert sie die allein zweckmässige, dem Recht und der Billigkeit entsprechende Gestaltung des Umlageverfahrens.

Hinsichtlich des Regresses der Ausgeschiedenen begründet es keinen Unterschied, ob man den Vorschlägen des Entwurfs oder den von mir vertretenen Vorschlägen folgt. Nach beiden Systemen hat der ausgeschiedene Genosse, weil und sofern er sich mit der Genossenschaft »auseinandergesetzt«, somit bereits seinen ganzen Antheil an den Genossenschaftsschulden entrichtet hat, für Alles, was er später zu diesem Zwecke zahlen muss — gleichviel, ob auf direkten Einzelangriff oder im Umlageverfahren — den Regress gegen die Genossenschaft.

Nach beiden Systemen versteht sich, dass er diesen Regress erst secundo loco, erst nach Befriedigung der Gläubiger, in deren Stelle er tritt, nehmen kann, da der Bürge seine Regressforderung nicht gleichzeitig mit den noch unbefriedigten Gläubigern im Konkurse liquidiren kann[1].

Immerhin ist durch die Ausschliessung der Ausgeschiedenen vom Umlageverfahren nutzlos die mögliche Regresssumme erhöht, nach dem entgegengesetzten System verringert.

Wenn endlich geltend gemacht wird, dass die Heranziehung der Ausgeschiedenen, weil diese nur für die bis zu ihrem Ausscheiden kontrahirten Genossenschaftsschulden haften, die kalkulatorische Berechnung des Konkursverwalters erschwere, so fällt, entscheidenden Zweckmässigkeits- und Billigkeitsgründen gegenüber, diese Rechnungserschwerung um so weniger ins Gewicht, als ja, nach dem Entwurf § 60, der

[1] Meine Abhandlung in der Zeitschrift f. das gesammte Handelsrecht Bd. XIV S. 414. — Urtheil des Reichsgerichts laut Plenarbeschluss vom 15. Febr. 1886 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. XIV S. 172 ff.).

Austritt nur zum Schlusse des Geschäftsjahres stattfindet und wirkliche Rechnungsschwierigkeiten dadurch ausgeschlossen sind. —

Können und müssen so auch die Ausgeschiedenen zum Umlageverfahren herangezogen werden, so entfällt sogar für sie jeder Grund, den allgemein unstatthaften, weil verderblichen und unbilligen Einzelangriff der Gläubiger beizubehalten. Die behauptete »Unschädlichkeit« des Einzelangriffs ist nur denkbar, wenn von demselben nie und nirgends Gebrauch gemacht wird, das Gesetz also ein todter Buchstabe bleibt. Die deutschen Genossenschaften aber sind eine zu bedeutsame Institution unseres wirthschaftlichen Lebens, als dass der Gesetzgeber versucht sein könnte, dieselben so gefährlichen Experimenten auszusetzen.

12.

DAS

RECEPTUM NAUTARUM, CAUPONUM, STABULARIORUM.

EINE
GESCHICHTLICH-DOGMATISCHE
ABHANDLUNG.

(1860.)

INHALT.

Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum ist von grosser theoretischer, wie praktischer Bedeutung. Unter den Instituten des römischen Verkehrsrechts nimmt es eine durchaus eigenthümliche Stellung ein, weil es zu den wenigen gehört, welche nicht schlechthin der schöpferischen Kraft des sich selbst überlassenen Verkehrs und der freien Wissenschaft, sondern dem Eingreifen einer rechtskonstituirenden Gewalt ihr Dasein und einen, wenigstens dem Anscheine nach, durchaus anomalen, auf blosser utilitas beruhenden, Inhalt verdanken. Praktisch regelt es noch gegenwärtig die Beziehungen sehr wichtiger Klassen von Gewerbtreibenden zu ihren Kunden; für den Handelsverkehr vorzugsweise bedeutsam ist es, theils wegen seiner unbestrittenen Geltung für jeden Schiffstransport, also namentlich für den grossen See- und Flussfrachtverkehr, theils wegen der vielfach angestrebten und realisirten Ausdehnung desselben auf den Landtransport, insbesondere die grossen modernen Transportanstalten, die Post und die Eisenbahnen.

Gleichwohl hat es eine durchaus genügende und dem gegenwärtigen Standpunkt unserer Wissenschaft entsprechende Bearbeitung noch nicht erfahren; selbst die neueste [1] Monographie, die fleissige Schrift von C. F. Müller, Ueber die actio de recepto und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten, Leipzig 1835, zweite sehr vermehrte Auflage, Leipzig 1857,

[1] Sehr unbedeutend ist die Inaugural-Dissertation von Apostoleano, Actio de recepto, Berlin 1853. Ganz ungenügend hinsichtlich der Quellenbehandlung sowohl der römischen, wie der hamburgischen, ist die vielfach citirte Schrift von A. C. Wolters, Ueber die actio de recepto in Bezug auf Gastwirthe als Recipienten und deren heutige Anwendung in Deutschland, besonders in Hamburg, Hamburg 1804; an gesunder Einsicht fehlt es dem Verfasser nicht, und sein praktisches Raisonnement ist häufig zutreffend.

begnügt sich mit der Darlegung des praktischen Details, und wendet sich, wie viele andere Schriften, vorzüglich der Frage über die analoge Anwendung des Instituts auf die Postanstalten zu — dagegen die leitenden Prinzipien desselben, sein geschichtliches und dogmatisches Verhältniss zu dem regelmässigen, normalen Verkehrsrecht der Römer bleiben unberührt.

Gerade nach dieser Richtung hin dürfte eine Revision der Lehre geboten sein und sowohl für die Geschichte des römischen Verkehrsrechts, wie für manche auch im heutigen Civil- und Handelsrecht bedeutsame Fragen nicht unerhebliche Aufschlüsse gewähren.

Dem Zwecke dieses Aufsatzes gemäss sollen dabei vorzugsweise die Beziehungen unseres Instituts zur Lehre vom Frachtvertrag berücksichtigt werden, zumal nicht nur bei den Römern bereits der Fall des nauta als der Normalfall vorangestellt wird, sondern auch nach dieser Seite hin die Eigenthümlichkeiten desselben am Schärfsten hervortreten.

Darum mag denn auch die vielfach ventilirte, übrigens nur dem Gewerbspolizeirecht angehörige Frage über die Aufnahmepflicht der Gastwirthe hier unberührt bleiben. —

I. Juristische Natur. Herrschaftsgebiet. Verhältniss zu den civilen Kontrakten.

§ 1.

Für Schiffer[1], Gast- und Stallwirthe führt die Annahme von Sachen zur Aufbewahrung die gesetzliche Verpflichtung,

[1] D. h. Schiffsrheder. l. 1 § 2 D. nautae, caupones, stabularii (4, 9). Dafür auch die Ausdrücke navicularius, nauclerus, ναύκληρος. l. 1 § 3 eod. Cod. Just. XI 1, 2. Cod. Theod. XIII 9. Vgl. übrigens Pardessus, Coll. des lois maritimes I p. 229, 230. Der Sprachgebrauch wechselt. In der Regel steht nauta, als einer von den Schiffsleuten, im Gegensatz zum Rheder, meist auch zum Kapitän (magister navis), mitunter aber umfasst er diesen mit z. B. l. 2 §§ 2, 6, 7. l. 6, 10 pr. § 1 D. de lege Rhodia de jactu (14, 2). Uebrigens würde sich der immerhin auffallende Ausdruck nauta für Schiffsrheder erklären, wenn wir annehmen dürften, dass unser Edikt älter ist als das Edikt über die exercitoria actio (vgl. unten S. 419). Denn in diesem Falle bezeichnete ursprünglich der Ausdruck nauta im Edikt wirklich den Kapitän: magister navis, mochte dieser selbst Rheder sein oder nicht. Erst als die Möglichkeit aufkam,

gegen deren Abhandenkommen und Beschädigung zu garantiren, mithin die unbedingte Restitutionspflicht mit sich:

l. 1 pr. D. nautae caupones, stabularii (4, 9).

Ait Praetor: Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.

Vorausgesetzt, dass diese Annahme als ein Akt ihres Gewerbebetriebes[1] erscheint:

l. 3 § 2 eod.:

Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt. Ceterum si extra negotium receperint, non tenentur.

Vgl. l. 1 §§ 2, 5 h. t.

In dieser gesetzlichen — oder genauer ausgedrückt: von Rechts wegen eintretenden — Garantieverpflichtung (salvum fore recipere)[2] innerhalb eines gewissen Gewerbebetriebes, deren Ursprung und Wesen wir weiter unten erörtern wollen, liegt allein der eigenthümliche Charakter des receptum.

---

aus den Verträgen des Schiffers direkt gegen den Rheder zu klagen, konnte mit der actio de recepto auch der Rheder belangt werden, welcher nicht selbst Kapitän war und die Güter entgegennahm. Der exercitor ist also unter den nautae, d. h. omnes, qui navis navigandae causa in nave sunt (l. 1 § 2 cit. l. un. § 1 D. furti adv. nautas 47, 5), an sich nicht inbegriffen; erst die Jurisprudenz (l. 1 § 2 h. t.) hat ihn unter diesen Begriff gestellt, dann aber zugleich diesen Begriff für das vorliegende Verhältniss ausnahmsweise auf exercitor und magister navis beschränkt, also die eigentlichen nautae, das Schiffsvolk, ausgeschlossen. Es konnte dies um so eher geschehen, als das pönale Edikt wegen furtum und damnum nautarum schon ursprünglich gegen den exercitor gerichtet gewesen zu sein scheint l. un. pr. §§ 3, 5. D. furti adv. nautas (47, 5) l. 7 pr. §§ 2, 4, 5, 6. l. 6 § 4. D. nautae, caupones — während des exercitor bei der actio de recepto sonst nie Erwähnung geschieht. Ganz ähnlich wäre dann der Hergang beim caupo und stabularius gewesen, so dass erst mit Einführung der institoria actio der Satz der l. 1 § 5 h. t. gerechtfertigt war: caupones autem et stabularios aeque eos accipiemus, qui cauponam vel stabulum exercent, institoresve eorum.

[1] Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten VI S. 124 ff.; Bülow und Hagemann, Prakt. Erörterungen Bd. V S. 214—217; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht II S. 694 Not. 1, S. 695 [3. Aufl. S. 696 Not. 1, S. 697]; v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Aufl., III S. 831, 832 [3. Aufl. S. 903]; Ober-Appellationsgericht zu Dresden, in Seuffert's Archiv II Nr. 293.

[2] l. 1 pr. §§ 1, 6, 8. l. 3 §§ 1, 2, 3. l. 5 h. t. l. un. § 4, furti adv. nautas (47, 5). O.A.G. zu Dresden in Seuffert's Archiv VIII S. 71.

Gleichgiltig dagegen für Art und Umfang dieser Haftung ist der sonst so wichtige Unterschied zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit der Leistung[1]; bei einem entgeltlichen Frachtvertrag erstreckt sich die Garantie für das Kaufmannsgut der Passagiere auch auf deren Reisegepäck und Mundvorrath, obwohl dieselben weder besondere Fracht zahlen, noch der unmittelbaren Obhut der Passagiere entzogen werden[2]. Auch das macht keinen Unterschied, ob ein reiner Sachentransport oder zugleich ein Personentransport vorliegt. Die mehrfach[3] aufgestellte Behauptung, dass die Regeln des receptum nur in dem Falle anzuwenden seien, wenn Reisende mit ihrem Gut befördert würden, hat weder innere Gründe, noch den Wortlaut des prätorischen Edikts, noch dessen Interpretation durch die Jurisprudenz für sich — um so weniger, als auf die Personen der Reisenden sich diese Garantieverpflichtung keineswegs erstreckt. Wird auch beim Waarentransport in den Quellen sehr häufig — obwohl keineswegs ausschliesslich — der Passagiere (vectores, mercatores) gedacht, so hat dies doch nur darin seinen Grund, dass, bei den Handelsverhältnissen des Alterthums, wie gleicher Weise des Mittelalters, auch Kaufmannsgut nicht unbegleitet zu reisen pflegte[4]. Im Uebrigen werden blosse Frachtschiffe von den Passagierschiffen sehr wohl unterschieden, ohne dass hinsichtlich der Haftung für den Waarentransport sich auch nur die Andeutung eines Unterschiedes fände[5].

Diese unter bestimmten Voraussetzungen von Rechts wegen eintretende Garantieverpflichtung, in welcher wir — wenn auch nicht ursprünglich, doch mindestens bereits zur Zeit der

---

[1] l. 3 § 1. l. 6 pr. h. t.

[2] l. 1 § 6. l. 4 § 2 h. t. Vgl. l. 2 § 2 de lege Rhodia de jactu (14, 2).

[3] Z. B. Puchta, Pandekten § 314 [12. Aufl. S. 481]; Arndts Pandekten § 289 [auch 13. Aufl.]; Reyscher, Das gemeine und württembergische Privatrecht II §§ 460, 461; Brinz, Pandekten S. 442 [fehlt in d. 2. Aufl.]; vgl. dagegen Müller, Ueber die actio de recepto, 2. Aufl., S. 10; W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen, Th. II S. 24.

[4] Diese Thatsache ist allbekannt. Ueber den l. 7 § 2 h. t. erwähnten ναυτεπιβάτης vgl. Pardessus, Collection des lois maritimes I p. 40. Ganz gleiche Erscheinungen begegnen im altnordischen und noch im späteren mittelalterlichen Seeverkehr. Vgl. auch Falke, Die Geschichte des deutschen Handels, Th. I (1858) S. 194.

[5] Namentlich l. 1 § 12 de exerc. act. (14, 1). l. 2 pr. § 2 de lege Rhodia (14, 2). l. 13 § 1 locati (19, 2).

klassischen Juristen (vgl. unten § 7) — das Wesen des receptum zu sehen haben, tritt stets einem vollkommen verbindlichen civilen Vertrage hinzu. Der Inhalt des letzteren wird nach einer gewissen Richtung modifizirt, nämlich hinsichtlich der Haftpflicht des Uebernehmers für die Integrität des Guts. Dagegen geht sein juristischer Charakter keineswegs in den Regeln des receptum auf.

Daraus ergibt sich ein zwiefaches, systematisch und praktisch gleich wichtiges Resultat.

Einmal, dass das receptum nicht als eine eigenthümliche, selbstständige, etwa miethähnliche Vertragsart bezeichnet werden darf[1] — zugleich fallen damit die namentlich von den Aelteren vielfach ventilirten Fragen, ob die Verpflichtung ex recepto eine kontraktliche, kontraktsähnliche oder deliktsartige sei[2]. Sodann, dass die Grundsätze des receptum keineswegs ausreichen, um die von ihm beherrschten Verkehrsverhältnisse juristisch zu regeln, dass dieselben vielmehr zugleich den durch ihren civilrechtlichen Charakter gegebenen, und lediglich hinsichtlich der Haftungspflicht gegen Entwendung und Beschädigung[3] modifizirten Rechtsnormen unterliegen, — denselben, welche für sie ausschliesslich zur Geltung kommen, wo die rechtlichen Voraussetzungen der verstärkten Haftungspflicht fehlen. So wenig

---

[1] Z. B. Glück VI S. 112; Hugo, Civil. Magazin, 2. Ausg. I S. 174; Thibaut, Pandekten (8. [9.] Aufl.) § 501; C. F. Koch, Das Recht der Forderungen III S. 999; v. Savigny, Das Obligationenrecht II S. 212; Müller, a. a. O. S. 14 ff.; Sintenis, Civilrecht II S. 692 Not. 1 [3. Aufl. S. 696 Not. 1]. Ganz unbegründet nennt Kompe, Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs in seinem Verhältnisse zum deutschen Post- und Eisenbahntransportrechte Regensburg 1859, S. 31 Not. ** das receptum »gewissermaassen eine Tochter der Materie vom depositum«. Und ganz unverständlich ist der letzte Satz »ist die actio de recepto mit der actio ex deposito verbunden, so kann sie (?) nicht in eine andere Art von Kontrakten ausarten«. Richtiger Böcking, Pandekten (im Grundrisse) [4. Aufl.] § 256: »Grund der Klage ist die allgemeine Rechtsbestimmung« [fehlt in d. 5. Aufl.].

[2] Weber, Natürliche Verbindlichkeit § 27; Glück, a. a. O.; Müller, a. a. O.; Unterholzner, Schuldverhältnisse II S. 734. Wenn Brinz, Pandekten [I. 1. Aufl.] S. 442 [fehlt in d. 2. Aufl.] eine realkontraktliche Verpflichtung annimmt, so ist daran so viel richtig, dass die gesetzliche Verpflichtung zur Restitution eine vorangegangene Hingabe (res) voraussetzt. Am Richtigsten haben wir das receptum als ein prätorisches Obligationsverhältniss zu bezeichnen. Siehe unten S. 439 Not. 2.

[3] l. 1 §§ 1, 8. l. 3 pr. §§ 1, 3—5. l. 4 pr. l. 5 pr. § 1 h. t.

daher etwa der Frachtverkehr zur See ausschliesslich von den Prinzipien des receptum beherrscht wird, so ungeeignet erscheint die häufig aufgeworfene Frage[1], ob der Landtransport (vgl. § 13) den Grundsätzen der locatio conductio oder des receptum unterliege. Richtig gestellt müsste die Frage lauten: allein nach den Regeln der locatio conductio, oder zugleich nach denen des receptum?

Die civilen Verträge, welchen diese gesetzliche Garantiepflicht hinzutreten kann, sind Depositum, Mandat, Locatio conductio, Innominatcontract. Letzterer, wenn der Entgelt für die Aufbewahrung oder für den Transport nicht von vornherein fest bestimmt, oder nicht in Geld, sondern in anderweitigen Leistungen verabredet ist, oder wo Ungewissheit über die vorliegende Art des Miethverhältnisses (rei oder operis)[2] herrscht.

Bleiben wir bei dem vorzüglich wichtigen entgeltlichen

---

[1] Vgl. auch Donellus, Commentarii de jure civili XV 43 § 11; Kritz, Pandektenrecht I, 2 S. 308; Cnyrim, de res personasve transportandi obligatione, quam cum posta contrahimus. Diss. inaug. Marburg 1854 § 1. Nicht ganz richtig sagt Arndts, Pandekten [auch 13. Aufl.] § 289: »unabhängig von dem sonst zwischen ihnen und den aufgenommenen Fremden bestehenden Rechtsverhältniss«, denn dieses Rechtsverhältniss wird nach einer Seite hin modifizirt; und Müller, a. a. O. S. 33, 34: »Hat das receptum zugleich die Natur eines anderen Vertrages«, denn das receptum hat seine eigene und nur seine eigene Natur. Aber neben ihm und durch dasselbe modifizirt, bestehen stets andere Civilverträge. Daher auch die Folgesätze Müllers nicht genau sind. Aehnlich Zimmern, Das System der römischen Noxalklagen S. 24.

[2] l. 1 § 1. l. 22 de praescr. verbis (19, 5). Dass übrigens unentgeltliche Transportverträge nach den Regeln des Depositum zu beurtheilen wären, wie mit Aelteren, z. B. Stypmann, de jure maritimo IV 15 No. 266 ff., noch v. Linde annimmt (Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess, N. F. 16 S. 178), lässt sich aus l. 3 § 1 nautae schwerlich erweisen. Denn die dort von Ulpian referirte und keineswegs gebilligte Ansicht des Pomponius ist gar nicht ausdrücklich für den Transportvertrag, noch weniger für alle Fälle desselben gemeint, sondern hat höchstens diejenigen im Auge, wo die Grundsätze der locatio conductio rei anwendbar erscheinen. Hätte aber auch Pomponius — in Widerspruch mit allen übrigen Quellenzeugnissen: vgl. z. B. Gajus III 162 § 13. J. de mandato (3, 26). l. 1 §§ 11—13 depositi (16, 3). l. 1 § 18 de exerc. act. (14, 1). l. 22 de pr. verbis (19, 5) — jene Meinung gehegt, wie er denn allerdings über die Grenzen zwischen Mandat und Depositum erweislich geschwankt hat, so würde sich die Erwähnung derselben bei Ulpian schon aus dem Grunde erklären, um die strenge Haftung aus dem Edikt durch die sehr beschränkte Haftung des Depositars recht scharf hervortreten zu lassen.

Frachtvertrag stehen, so findet sich unzweifelhaft eine partielle Konkurrenz[1] der civilen Kontraktsklagen mit der prätorischen actio in factum de recepto. Zwar stand geeigneten Falls dem Befrachter die Wahl zwischen der milderen actio locati resp. conducti und der strengeren prätorischen Klage zu[2], allein die erstere hatte auch ihr ausschliessliches Herrschaftsgebiet, für welches eine Konkurrenz der Ediktsklage gar nicht in Frage kam: nämlich überall da, wo nicht Entwendung oder Beschädigung, sondern anderweitige Verletzungen vertragsmässiger Obliegenheiten zur Klage veranlassten.

So wird nur die civile Kontraktsklage, und zwar gerade für den Seetransport, erwähnt: wegen Ueberlieferung der Waare an einen Unrechten l. 11 § 3. l. 31. l. 13 § 6. locati (19, 2); wegen Umladung auf ein schlechteres Schiff, oder zur ungehörigen Zeit, oder wider Willen des Befrachters l. 13 § 1 eod., l. 10 § 1 de lege Rhodia (14, 2); wegen Einlaufens ohne Lootsen l. 13 § 2 locati; behufs Regulirung der Havarierechnung l. 2 pr. de lege Rhodia; wegen rechtswidriger Unterlassung oder Verzögerung[3] des Transports l. 10 § 1 eod.; auf Restitution des Frachtvorschusses bei Nichtausführung der Reise l. 15 § 6 locati. So ist jedenfalls nur diese, bez. die actio legis Aquiliae, zulässig wegen körperlicher Verletzung eines Reisenden[4].

---

[1] In dem von Savigny, System V § 232 not. q. § 233 aufgestellten Sinne. Hier greift auch die, freilich ursprünglich auf die Konkurrenz der actio legis Aquiliae mit der älteren actio arborum furtim caesarum bezügliche, l. 41 pr. de O. et A. (44, 7) ein.

[2] l. 3 § 1. l. 5 pr. nautae (4, 9). § 5 J. de locato (3, 24). l. 13 § 8. l. 60 §§ 2, 9 locati (19, 2).

[3] So unterscheidet auch der Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuchs zweiter Lesung ganz richtig die Haftung des Frachtfahrers für Beschädigung und Verlust der Waare von der Haftung für Zögerung. Die erstere soll sich nach den Grundsätzen des receptum bestimmen, die letztere nach den milderen Prinzipien der locatio conductio art. 371, 372. Dass dieser Unterschied schon im bestehenden Recht für den nauta begründet liegt, scheint bei der Berathung ganz unbeachtet geblieben zu sein, da nur Billigkeitsgründe geltend gemacht wurden. Protokolle S. 793—795, 798, 801—803, 1229.

[4] Die prätorische Pönalklage wegen damnum injuria datum leidet diese Beschränkung so wenig als die eigentliche aquilische Klage (l. 13 pr. l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2), da sie nur eine Nachbildung derselben ist. In l. 6 § 2 nautae ist sie um deswillen ausgeschlossen, weil der Beschädigte hier nicht als Passagier, resp. Waare, sondern als Mitglied der Mannschaft in Betracht kommt. l. 7 § 2 eod. —

Gegen die Annahme eines selbstständigen Vertragsverhältnisses spricht endlich auch die Ausdrucksweise der Quellen. Aus Stellen wie l. 1 § 3 nautae »de recepto tenebitur«, l. 3 § 3 eod. »ob receptum convenitur« lässt sich nichts entnehmen. Entscheidend aber ist die unten näher zu erörternde l. 3 § 1 nautae. Hier wird das der prätorischen Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältniss als das nämliche bezeichnet, welches die civilen Klagen begründet: quia agi civili actione ex hac causa poterit.

Und ganz entsprechend ist nicht etwa ein Gegensatz zwischen locatio oder depositum einerseits und receptum andererseits hingestellt, sondern es heisst: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur etc., nicht hoc contractu oder hoc pacto. Und ebenso zu Anfang dieses Fragments: Ex hoc Edicto in factum actio proficiscitur. Auch das scheint nicht unbezeichnend, dass in l. 5 pr. h. t. für nautae, caupones das blosse tenentur dem ex locato tenentur für fullo und sarcinator entgegengestellt wird.

II. Verhältniss zu den prätorischen Strafklagen gegen nautae, caupones, stabularii. Deren Theorie und heutige Geltung.

§ 2.

Die beiden prätorischen, gleichfalls in factum gefassten Strafklagen furti und damni injuria dati auf das duplum[1], welche in l. 6, 7 nautae (4, 9). l. un. furti adv. nautas (47, 5) § 3 J. de obl. quae quasi ex del. (4, 5). l. 5 § 6 de O. et A. (44, 7). l. 1 § 2 de exerc. act. (14, 1). l. 42 pr. de furtis (47, 2). l. 19 § 2 de nox. act. (9, 4) dargestellt werden, unterscheiden sich von unserer actio in factum de recepto nicht allein nach Zweck und Inhalt, sondern auch bezüglich ihrer Voraussetzungen und ihres inneren Prinzips.

Weiter sind dieselben in ihren Voraussetzungen insofern, als eine Entwendung oder Beschädigung nicht allein

---

[1] Am besten Zimmern, Noxalklagen S. 291 ff.; Unterholzner, Schuldverhältnisse II S. 736 ff.

an den zur Bewahrung übernommenen Sachen, sondern an allem, was sich im Raume des Schiffes, Wirthshauses, Stalles thatsächlich befindet, Personen wie Sachen, zum Doppelersatz verbindlich macht, also insbesondere Beschädigung der Passagiere und derjenigen Sachen, welche dieselben an sich tragen [1].

> L. 7 pr. nautae: sed non alias praestat, quam si in ipsa nave datum sit. Ceterum si extra navem non praestabit.
>
> L. 7 § 6 eod. — quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.

So auch l. un. § 3 furti adv. nautas: Quum enim in caupona vel in navi res perit — § 6 eod. — qui in ea caupona ejus cauponae exercendae causa ibi sunt. l. 5 § 6 de O. et A. (44, 7): — de damno aut furto, quod in navi aut caupona aut stabulo factum sit, — teneri. — l. 42 pr. de furtis (47, 2): — de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est. — § 3 J. de obl. quae quasi ex del. — de dolo aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit.

Das salvum fore recipere — vgl. oben S. 403 Note 2 — ist hier so wenig Voraussetzung der Haftung, dass es dem für die Strafklagen genügenden blossen räumlichen Befinden im Schiff, Gasthaus, Stall geradezu entgegengesetzt wird:

> L. un. §§ 3, 4 furti adv. nautas: Quum enim in caupona vel in navi res perit, ex Edicto Praetoris obligatur exercitor, vel caupo, ita ut in potestate sit ejus, cui res surrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario jure, an cum fure jure civili experiri. **Quodsi** receperit salvum fore caupo vel nauta (Basil. 53, 1, 31: *Εἰ μέντοι τὴν φυλακὴν τοῦ πράγματος ὁ ναύκληρος ἀνεδέξατο*) furti actionem non dominus rei surreptae, sed ipse habet, qui recipiendo periculum custodiae subit.

---

[1] Diese sind nicht recipirt. So weit geht die S. 404 Not. 2 erwähnte Ausdehnung der actio de recepto nicht. Vgl. auch Rhod. Compilation Stück II Cap. 14, Stück III Cap. 13 (Pardessus Collection I p. 235, 245). Noch klarer im Falle des caupo, da zwar nicht die actio de recepto, wohl aber die prätorischen Pönalklagen wegen Beschädigung und Entwendung zulässig sind, welche gegen einen nur zur Einnahme der Mahlzeit (Frühstück, Mittagsessen, Abendessen etc.) einkehrenden Gast verübt werden.

Daraus erklärt sich auch, dass die praedictio (l. 7 pr. nautae) nur bezüglich der Strafklagen erwähnt wird. Vgl. unten § 11.

Enger aber sind die Voraussetzungen der Pönalklagen in doppelter Beziehung:

1. Die entwendeten oder beschädigten Sachen müssen bereits im Schiffe u. s. f. sich befunden haben, mögen sie auch schon vorher recipirt gewesen sein. Anders die actio de recepto l. 3 pr., vgl. auch l. 1 §§ 2, 3, 8 nautae [1].

2. Zur Begründung der Pönalklagen gehört nothwendig der Nachweis, dass der Schiffer (Wirth) selbst [2], oder eine bestimmte, zur Mannschaft [3] bezüglich zur Bedienung oder zu

---

[1] Hier genügt, ist aber auch erforderlich, die Reception, mögen sich die Waaren auch noch nicht oder bereits im Schiffe oder Wirthshause befunden haben. Vgl. S. 439 Note 1 und die Urtheile des Obertribunals zu Berlin (Seuffert's Archiv I Nr. 67), des Obertribunals zu Stuttgart (eod. VII Nr. 40), des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 22./12. 1856 (Sammlung von Erkenntnissen etc. in hamburgischen Rechtssachen III S. 152 ff.). Carpzov, Jurispr. for. II 26 def. 11; spanisches Handelsgesetzbuch Art. 217, 681; portugiesisches Handelsgesetzbuch Art. 187, 1364; brasilianisches Art. 101.

[2] Viele leugnen die Klage für diesen Fall. Wo es sich um Darstellung des Quasidelikts handelt, ist freilich davon nicht die Rede; z. B. § 3 J. cit. l. 5 § 6 de O. et A. (44, 7). Vgl. jedoch l. un. pr. furti adv. naut. (47, 5). l. 42 pr. de furtis (47, 2). l. 19 § 2 de nox. act. (9, 4). Hinsichtlich des furtum ist die Frage bedeutungslos, weil hier ohnehin die actio furti nec manifesti auf das duplum ging; dagegen war sie bedeutend in Betreff des damnum, weil die gewöhnliche aquilische Klage nur in Folge Leugnens den einfachen Ersatz überstieg. Für das damnum ist freilich die Zulässigkeit der Klage wegen des Delikts des Prinzipals nicht ausdrücklich bezeugt; indessen spricht dafür nicht allein die Analogie des furtum, sondern auch die Unwahrscheinlichkeit, dass das Quasidelikt höher wäre geahndet worden, als das wirkliche Delikt.

[3] Ein ganz gewöhnlicher Irrthum, namentlich der Aelteren, ist es, dass gewisse Leute der Mannschaft oder Bedienung (mediastini etc.) den Schiffer u. s. f. nicht verpflichten. Aber l. 1 §§ 2, 5 D. nautae bestimmen nur, dass die Reception durch dergleichen untergeordnete Dienstleute, welche ganz niedere Funktionen haben, nicht wirksam geschehen könne; sofern die Reception gültig erfolgt ist, hat der Schiffer etc. auch gegen die Delikte dieser Dienstleute einzustehen. Wo nun, wie bei den Pönalklagen, gar nicht die Reception der Grund der Haftung ist, da versteht sich die Vertretung der Delikte auch dieser Personen von selbst. Hier wird ihrer darum auch gar nicht besonders erwähnt, sondern es heisst ganz allgemein omnium nautarum suorum (l. 7 pr. nautae), a quoquo eorum quosve ibi habebunt (l. un. pr. furti adv. nautas), qui in ea caupona ejus cauponae exercendae causa ibi sunt (l. un. § 6 eod.). Man hat unbegreiflicher Weise verwechselt die Verpflichtung durch den Aufnahmeakt, als Grundlage der Haftung ex recepto, — und die Verpflichtung

den beständigen Bewohnern des Gasthauses gehörige Person das Delikt begangen habe. l. 6 §§ 1—4. l. 7 pr. § 2 nautae. l. un. pr. furti adv. nautas.

Hiermit hängt das innere Prinzip dieser Klagen enge zusammen. Sie sind nicht, wie die actio in factum de recepto, auf eine gesetzliche durch die Aufnahme begründete Garantieverpflichtung, sondern durchaus auf ein Delikt oder Quasidelikt zurückzuführen. Letzteres alsdann, wenn nicht der Schiffer selbst, sondern seine Leute die Schuldigen sind. Diese muss er schlechthin vertreten, vermöge wirklicher oder fingirter culpa in eligendo: er hätte tüchtigere, ehrlichere annehmen sollen. Darum hier keine Haftung für vectores und viatores, darum blosse Noxalhaftung für eigene Sklaven, in Betreff deren die Annahme einer culpa in eligendo denn doch gar zu misslich erschien: l. 6 § 3 (vgl. mit l. 1 § ult. l. 2, 3 pr.) l. 7 pr. § 4 (vgl. mit l. 3 § 3) nautae. l. un. §§ 5, 6 furti adv. naut. l. 5 § 6 de O. et A. l. 1 § 2 de exerc. act. (14, 1). l. 42 pr. de furtis. l. 19 § 2 de nox. act. § 3 J. cit., — wo folgende Wendungen begegnen: Quum ipse eos suo periculo adhibuerit. Culpae scilicet suae, qui tales adhibuit; nam quum alienos adhibet, explorare eum oportet, cujus fidei, cujus innocentiae sint; in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit. — Quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo suo ignoscendum sit ei, quasi in domestico malo. Namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur — inhabitatores vero perpetuos ipsos quodammodo elegit, qui non rejecit. — Et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur. — Qui nautas adhibet, culpa et dolo carere eos curare debet.

In Kürze stellt sich sonach der innere und der praktische Unterschied der prätorischen Ersatzklage (actio in factum de recepto) von den beiden prätorischen Strafklagen (actiones in factum furti und damni injuria dati) dahin:

---

durch das an recipirten oder thatsächlich im Schiffe etc. befindlichen Objekten begangene Delikt, als Veranlassung der actio de recepto und der Pönalklagen. Diese durchgehende Verwechselung liegt z. B. der ganz verworrenen Darstellung von Wolters S. 9 ff. zu Grunde. Richtig schon Accursius in der Glosse zu l. 1 § 2 h. t.

1. Ersatzklage.

Das Edikt verpflichtet den Schiffer u. s. f. die Integrität der einmal angenommenen Ladung und Reisebagage schlechthin, soweit dies in Menschenmacht liegt, zu vertreten. Es soll für ein gewisses Resultat (Integrität der Ladung) aufgekommen werden, was allerdings indirekt zugleich eine Haftung für Delikte gewisser Personen involvirt. Daher auch hier von einem factum praestare die Rede ist (l. 1 § ult. l. 2, 3 pr. h. t.) — aber zugleich wird scharf hervorgehoben, dass nicht die Vertretung dieses factum der Grund der Haftung ist:

> l. 3 § 3 h. t. Item si servus exercitoris surripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur.

Der nähere Umfang dieser Verpflichtung soll in den §§ 4 ff. dargelegt werden.

2. Strafklagen.

Das Edikt verpflichtet den Schiffer u. s. f. für alle im Schiffe u. s. f. erweislich durch ihn selbst, oder durch seine Leute (im Gasthause auch durch die beständigen Bewohner des Gasthauses) verübten Entwendungen und Beschädigungen an Sachen der Reisenden, wie für alle Beschädigungen der Reisenden selbst, auf Höhe des doppelten Werths, bezüglich Entschädigungsbetrages, aufzukommen.

Es soll nicht für ein Resultat, sondern direkt für Delikte gewisser Personen eingestanden werden.

> l. 6 h. t. — servi mei nomine —. — ejus nomine —. — cujus factum Praetor aestimare solet —. — ut certi hominis factum arguamus. —
>
> l. 7 h. t. — debet omnium nautarum factum praestare —. — factum eorum praestat —. — hujus factum praestat —. Suo nomine tenetur, culpae scilicet suae (wie sogleich erklärend hinzugefügt wird).
>
> l. un. § 6 furti adv. nautas. — praestat factum eorum —. — quorum factum oportet eum praestare —. — vectorum factum non praestatur. § 5. — servi sui nomine —. — liberi hominis nomine —.

Die Deliktsnatur dieser Klagen tritt auch in ihrer Unvererblichkeit[1] klar genug hervor. Dass sie nicht zugleich der einjährigen Verjährung der meisten prätorischen Deliktsklagen unterworfen sind, nöthigt uns keinenfalls, mit Unterholzner, Verjährungslehre II § 269, zu der ganz verwerflichen Annahme, dass sie nur geschärfte actiones depositi gewesen seien, beruht vielmehr einfach darauf, dass sie lediglich als erweiterte Anwendungen der actio furti nec manifesti und der actio legis Aquiliae erscheinen und um deswillen gleich diesen behandelt werden[2]. Dies ergibt sich, zu allem Ueberflusse, auch aus der Stellung der einschlägigen Hauptfragmente. Denn, wie bereits Noodt (Commentarius in libros XXVII Digest. zu lib. IV tit. 9 g. E.), und vollständiger Zimmern, Noxalklagen S. 296 ff. nachgewiesen haben, ist die Quelle der l. un. D. furti adv. nautas, welche die Pönalklage wegen furtum behandelt, dasselbe 38. Buch des ulpianischen Ediktkommentars, in welchem dieser, nächst dem vorhergehenden lib. 37, die Theorie des furtum und der eigenthümlichen Anwendungsfälle desselben entwickelt[3]. Dagegen die l. 6, 7 D. nautae handeln speziell von der actio in furtum wegen damnum injuria datum, also von der nachgebildeten aquilischen Klage; nur beiläufig (l. 6 §§ 1, 4) auch vom furtum. Diese beiden Fragmente aber sind aus dem 22. Buch des paulinischen und dem 18. Buch des ulpianischen Ediktkommentars, in welchen beide Juristen vorzugsweise die Lex Aquilia und verwandte Fälle behandelt haben[4].

---

[1] l. 7 § 6 nautae. l. 111 § 1 de R. I (50, 17). Uebrigens findet die Unvererblichkeit ihre Grenze auch hier sicherlich in der Bereicherung l. 35 pr. de O. et A. (44, 7). l. un. C. ex del. defunct. (4, 17), und nach heutigem Recht in dem Betrage der Erbschaft. v. Savigny, System V S. 46 ff.

[2] Insofern erscheinen auch diese Klagen als wahre, obwohl nicht selbstständige Ausnahmen von der Annalität der prätorischen Deliktsklagen. In anderen Fällen analoger Anwendung hat man nicht immer den gleichen Weg eingeschlagen, z. B. bei der ähnlichen Klage gegen die Publicani: l. 1 pr. D. de public. (39, 4), welche ja auch sonst manche Eigenthümlichkeiten hat, und theils strenger, theils milder als die Civilklagen ist.

[3] Die Angaben bei Zimmern sind nicht ganz vollständig. Es gehören hierhin l. 50, 52 de furtis. l. 8, 36, 38 de noxal. act. l. 1 de tigno juncto. l. 9 ad leg. Corn. de sicar. l. 6, 10, 12 de cond. furtiva. l. 12 de publican. l. 1, 3 si familia furt. fec. dic. l. 7 arbor. furtim caes. l. 193 de V. S.

[4] Zu den bei Zimmern aufgezählten Fragmenten noch l. 2, 4 si quadrup. paup. fec. Aus dem 18. Buch des ulpianischen Ediktkommentars ist

Es leidet demnach keinen Zweifel, dass auch im edictum perpetuum unsere beiden Pönalklagen neben dem furtum und damnum injuria datum standen. Dagegen haben Paulus und Ulpian die prätorische Ersatzklage de recepto in unmittelbarem Anschluss an die Lehre vom receptum arbitrii dargestellt (Paulus libro 13 ad Ed. Ulpian lib. 13, 14 ad Ed.). hinter welcher sie auch in der justinianeischen Kompilation ihren Platz gefunden hat. (Vgl. unten S. 420 Note 1 und § 7 a. E.)

Ob und inwieweit nun die prätorischen Poenalklagen noch heut zu Tage anwendbar sind, darüber herrscht Streit. Gewiss verwerflich erscheint die Ansicht derer, welche sie für durchaus anwendbar erklären[1]; denn sie sind wesentlich Klagen auf Privatstrafe. Zu weit aber gehen auf der anderen Seite diejenigen, welche sie, als völlig antiquirt, gänzlich ausscheiden[2]. Denn sie sind keineswegs nur Klagen auf Privatstrafe, sondern sie umfassen zugleich den Schadenersatz (actiones mixtae). Dies könnte für die actio furti adv. nautas bezweifelt werden wegen der reinen Strafnatur der eigentlichen actio furti, welcher sie nachgebildet ist. Darauf wäre nun freilich an sich kein Gewicht zu legen, dass neben unserer Klage einer besonderen condictio furtiva gegen den Thäter, welche neben der eigentlichen actio furti den Ersatz vermittelt, niemals Erwähnung geschieht. Bedeutsam aber ist, dass die aquilische Klage unstreitig den Schadenersatz mit umfasst, und nicht minder sicherlich unsere nachgebildete Klage, wie die Mutterklage[3]. Werden nun offenbar unsere beiden Pönal-

sogar der grösste Theil der tit. 1, 2 lib. 9 entnommen, in tit. 2 die 16 umfassendsten Fragmente.

[1] Z. B. v. Wening-Ingenheim, Civilrecht, 5. Auflage, § 343: Schweppe, Das römische Privatrecht, 4. Aufl., § 602; Mühlenbruch. Pandekten § 451; Göschen, Vorlesungen II 2 S. 689; Puchta, Pandekten (12. Aufl.) § 392.

[2] Z. B. Glück VI S. 143 und die dort Citirten; Thibaut, Pandekten (8. [9.] Aufl.) § 501; Seuffert, Prakt. Pandektenr. (4. Aufl.) § 405 Note 20; v. Savigny, Obligationen II S. 318, 329, vgl. jedoch S. 312; Arndts, Pandekten [13. Aufl.] § 289 Anm. 1 (?); Brinz, Pandekten S. 512 2. Aufl. II § 338.

[3] Bewiesen wird dies durch l. 6 § 4 nautae, wonach nicht gleichzeitig gegen den Thäter mit der aquilischen Klage, und gegen den Schiffer mit der Quasideliktsklage vorgegangen werden darf. Nur gehört sie nicht, wie die civile Mutterklage, zu den Klagen mit Litiscrescenz, sondern geht stets auf das

klagen einander in den Quellen völlig gleichgestellt[1], so muss auch die actio in factum furti adv. nautas, insoweit wenigstens, als sie auf einem Quasidelikt beruht, als mixta actio angesehen werden. Daraus folgt, dass beide Klagen, gleich der aquilischen Mutterklage, nur in ihrem Strafzusatz antiquirt sind, dagegen auf einfachen Schadensersatz, gleich dieser, auch noch gegenwärtig zulässig erscheinen[2]. Auch dürfte anzunehmen sein, dass diese Klagen, soweit ihre gegenwärtige Anwendbarkeit reicht, gleich der actio furti, und nach Analogie der l. 1 § 7 nautae, einem jeden Interessenten zustehen, nicht wie die condictio furtiva auf den Eigenthümer, oder wie die aquilischen Klagen auf diesen, den b. f. possessor und den dinglich Berechtigten, beschränkt sind[3].

Praktisch wichtig ist die soeben erörterte Frage um deswillen, weil, wie gezeigt, die Strafklagen einen anderen und in mehrfacher Beziehung weiteren Thatbestand umfassen, als die prätorische Ersatzklage, ihre Ausscheidung aus dem Rechtssystem sohin eine wesentliche Lücke lassen würde.

III. Die einschlägigen Fälle der Klagenkonkurrenz.

§ 3.

Der Vollständigkeit halber mag hier noch die Frage nach dem Verhältniss der an sich möglichen verschiedenen Klagen zu einander berührt werden, da die bisherigen Darstellungen[4] weder erschöpfend, noch durchaus genügend sind.

Es sind folgende Fälle zu sondern, für welche sich nur wenige ausdrückliche Entscheidungen finden:

I. Die actio in factum de recepto und die civilen Kon-

---

duplum. Gajus IV 173. l. 7 D. de solut. (46, 3). Vgl. Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft XIV S. 289 ff., 294 ff., 396 ff.

[1] l. 6 pr. §§ 1, 4. l. 7 § 6 nautae. l. 5 § 1 eod. §§ 3, 7 cit. l. 5 § 6 de O. et A.

[2] Damit stimmen im Resultat überein Zimmern, Noxalklagen S. 302; Unterholzner, Schuldverhältnisse II S. 733; namentlich Sintenis, Civilrecht [auch 3. Aufl.] II § 120 Anm. 1 a. E., 8 a. E., 14 und I S. 262, 263 [273 ff.].

[3] Arndts, Pandekten [13. Aufl.] § 323 a. E.

[4] Namentlich Glück VI S. 140 ff.; Müller, a. a. O. S. 33 ff.; Sintenis II S. 700 [3. Aufl. S. 703].

traktsklagen, soweit sie denselben Zweck verfolgen, schliessen einander aus, und zwar so, dass schon die Wahl entscheidet[1].

II. Die actio in factum de recepto schliesst stets die condictio furtiva sowohl gegen den Recipienten, sofern dieser der Dieb ist, wie gegen den dritten Thäter aus und umgekehrt[2]. Auch für die aquilische Klage würde Gleiches gelten, weil deren Strafzusatz gegenwärtig antiquirt ist, wenn nicht diese Klage gegen die Erben nur auf Höhe der Erbschaft ginge[3]. Daher nach Durchsetzung der aquilischen Klage gegen die Erben das Mehr mit der actio in factum de recepto wird nachgefordert werden können, sofern man nicht etwa nach l. 2 § 27 vi bon. rapt. (47, 8) in unserem Falle die aquilische Klage gegen die Erben gänzlich versagt[4].

III. Die actio furti gegen den Recipienten, falls dieser selbst der Dieb war, würde an sich durch die actio de recepto nicht ausgeschlossen gewesen sein[5]. Dagegen spricht auch nicht l. 3 § 5 nautae, welche sicherlich im Zusammenhang mit der unmittelbar folgenden l. 4 pr. von dem Falle zu verstehen ist, da ein Dritter den Diebstahl begangen hat.

IV. Schwieriger ist die Frage, ob die actio de recepto ausschliesst:

1. die Quasideliktsklage gegen den Recipienten, sofern die Voraussetzungen beider Klagen gleichmässig vorhanden sind.

Aller an sich begründeten Zweifel ungeachtet, muss diese Frage bejaht werden, nicht allein, weil die Quasideliktsklage zu den actiones mixtae gehört, sondern auch namentlich darum, weil sogar die reine Strafklage gegen den dritten Thäter durch die actio de recepto ausgeschlossen wird. Nur darf selbstverständlich, nach dem allgemeinen Prinzip der l. 41 § 1 D. de O. et A. (44, 7), mit der günstigeren Klage das Mehr nachgefordert werden, also gegenwärtig mit der actio de recepto das den Betrag der Erbschaft übersteigende Interesse,

---

[1] Vgl. die Stellen S. 407 Note 2 und den Text dazu.

[2] l. 43 § 1 de R. J. (50, 17). l. 34 § 2 de O. et A. (44, 7). l. 17 pr. D. de dolo (4, 3). l. 1 § 10, l. 4. D. de his qui effud. (9, 3).

[3] v. Savigny, System V S. 46 ff.

[4] v. Savigny, System V S. 47 Note f.; Puchta, Pandekten [12. Aufl.] § 88 Note g.

[5] v. Savigny, a. a. O. S. 232 ff.

falls man nicht, wie bemerkt, überhaupt die Quasideliktsklage gegen die Erben hier versagen will.

2. die Deliktsklage gegen den dritten Thäter im gleichen Falle.

Dieselbe wird dem Beeinträchtigten ausdrücklich und schlechthin abgesprochen, so dass er scheinbar nicht einmal die Wahl zwischen ihr und der Ersatzklage de recepto hat, sondern sich schlechthin an den Recipienten halten muss.

> l. un. § 4 furti adv. nautas: Quodsi receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei surreptae, sed ipse habet, qui recipiendo periculum custodiae subit.

Eine nähere Bestimmung findet dieser Satz durch l. 4 pr. nautae, l. 14 § 17 de furtis (47, 2)[1], wonach der Recipient die actio furti nicht haben soll, wenn er entweder insolvent ist oder selbst die Sache vorher gestohlen hat.

Savigny, System V S. 258, will, nach dem Vorgang der Glosse, diesen Satz mit der singulären Strenge der actio de recepto erklären. Der wahre, sehr viel allgemeinere Grund wird jedoch ausdrücklich hervorgehoben: cujus sit periculo — quia recipiendo periculum custodiae subit, — nämlich der bekannte Rechtssatz, dass die Deliktsklagen gegen den Thäter als ein Aequivalent für das periculum custodiae dem zur custodia Verpflichteten zustehen. — In dieser Allgemeinheit wäre jedoch der Satz unbillig. Will nämlich der Bestohlene sich nicht an den Recipienten halten, sondern verzichtet er auf seine Ansprüche gegen denselben, so liegt kein Grund vor, ihm die Deliktsklage zu verweigern[2]. So erklärt sich die im Gegensatz zu l. un. § 4 furti cit. scheinbar eine gewöhnliche Klagekonkurrenz statuirende l. 3 § 5 nautae:

> Novissime videndum, an ejusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit? Et Pomponius dubitat; sed magis est, ut vel officio judicis, vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.

---

[1] Uebereinstimmend mit l. 10—12 pr. l. 77 (76) de furtis. Vgl. auch Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Heft I, S. 97.

[2] Mommsen, a. a. O. S. 91 ff. Uebrigens nehme ich, nach l. 5 § 1. l. 3 §§ 1, 3 h. t. keinen Anstand, dieselben Grundsätze — allerdings gegen die Regel, vgl. auch Glosse ad h. l. — für die aquilische Klage anzunehmen.

V. Die Klage aus dem Quasidelikt schliesst die Deliktsklage und sicherlich auch die condictio furtiva, gegen den dritten Thäter aus, wie umgekehrt, doch darf der belangte Schiffer die Cession der Klagen gegen den Thäter verlangen.

l. 6 § 4 nautae. l. un. § 3 furti adv. nautas.

Die Nothwendigkeit der Cession hinsichtlich der actio furti wäre allerdings eine, übrigens auch sonst vorkommende[1] Anomalie, wenn es sich hier gleichfalls um Verpflichtung zur Custodia und daraus entspringende Verantwortlichkeit handelte. Dies ist aber, wie oben gezeigt worden ist, hinsichtlich der Quasideliktsklage keineswegs der Fall.

VI. Endlich könnte die Frage aufgeworfen werden, ob gegen den Schiffer etc., welcher selbst das Delikt begangen hat, neben der Deliktsklage noch die Quasideliktsklage angestellt werden dürfe[2]. Nach römischem Recht wäre diese Frage dahin zu bejahen, dass mit der umfassenderen Klage das Mehr nachgefordert werden dürfte[3]; gegenwärtig ist sie unerheblich, weil die actio furti völlig antiquirt erscheint, und die einfache wie die nachgebildete aquilische Klage dahin übereinkommen, dass sie nur auf einfachen Schadensersatz, gegen die Erben bis auf den Betrag der Erbschaft, zulässig sind.

IV. Inhalt der actio de recepto. Begriff der vis major.

§ 4.

Gründe des Verkehrsbedürfnisses wie der Gewerbepolizei[4], nicht minder aber auch die römische Verkehrssitte, auf welche wir unten zurückkommen werden, haben wohl gleichmässig zu der strengen Haftung der Schiffer, Gast- und Stallwirthe geführt.

---

[1] l. 54 (53) § 3 de furtis (47, 2). Vgl. Mommsen S. 93 ff.

[2] Vgl. oben S. 410 Note 2.

[3] l. 34 pr. de O. et A. (44, 7). l. 1 D. arbor. furtim caes. (47, 7). l. 1 D. vi bon. rapt. (47, 8); v. Vangerow, Pandekten III S. 60 ff. [7. Aufl. § 572].

[4] In der Regel werden die Differenzpunkte entweder verkannt oder doch überschätzt, mitunter jedoch unterschätzt, z. B. auch von Koch, Eisenbahnen II S. 29 Note 23. Originell ist auch hier der Standpunkt von Kritz, Pandektenrecht I 2 S. 318, welchem zufolge das Edikt für nautae etc. nur dasjenige vorgeschrieben habe, was für eine andere Gattung der locatio conductio (!) die Praxis eingeführt!

Im Folgenden soll der Umfang dieser Haftung näher geprüft und damit die Grenze gegen die nur civilen Kontraktsverhältnisse gewonnen werden. Dass diese Untersuchung durch den bisherigen Stand der Forschung nicht überflüssig gemacht ist, dürften die nachstehenden Erörterungen ergeben. Dieselben werden sich zunächst auf das römische Recht beschränken, da es vor Allem erforderlich ist, eine sichere Grundlage zu gewinnen. Am Schlusse soll der Umfang der Reception untersucht, in einer folgenden Abhandlung die Gestaltung des hier namentlich wichtigen Begriffes der sog. höheren Gewalt für das moderne Recht entwickelt werden.

Ueber das Alter unseres Edikts fehlen direkte Nachrichten. Als ältester Kommentator in den erhaltenen Fragmenten wird Labeo genannt (l. 1 § 4. l. 3 § 1 h. t.). Ist jedoch unsere oben S. 402 Note 1 ausgesprochene Vermuthung begründet, dass dasselbe vor dem Edikt über die exercitoria actio erlassen sei, so muss es spätestens aus der Zeit des Servius Sulpicius herstammen, da von diesem sogar eine analoge Ausdehnung des jedenfalls jüngeren Edikts über die institoria actio berichtet wird (l. 5 § 1 de inst. act. 14, 3). Durchaus bestätigt wird diese Annahme durch den § 7 darzustellenden Sprachgebrauch der ciceronianischen Zeit.

Die Worte des Edikts sprechen eine unbedingte Restitutionspflicht aus:

> L. 1 pr. h. t. Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo[1].

Hierzu bemerkt Ulpian aus Pomponius:

> L. 3 § 1 h. t. Miratur igitur, cur honoraria actio sit introducta, quum sint civiles; nisi forte inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc Edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit

[1] Basil. 53, 6. *Ὅπερ ἂν λάβωσιν ἐπὶ τῷ φυλάξαι οἱ ναύκληροι — εἰ μὴ ἀποκαθιστῶσιν, ἐνάγονται.* Vgl. Basil. 53 1, 31. Aehnlich Synopsis minor c. 53; Harmenopul. II 11 § 4; Rhod. Compil. II 14 (Pardessus, Collect. I p. 201, 205, 235).

vel damnum datum est, nisi si quid **damno fatali** contingit. Inde Labeo scribit: si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo vel in caupona **vis major** contigerit.

Die unbedingte Haftung erstreckt sich also prinzipiell auch auf den Zufall; nur aus Billigkeitsrücksichten im Wege einer exceptio wird dieselbe beschränkt[1]. In diesem Sinne einer sehr weit ausgedehnten Haftung sind die Ausdrücke recipere custodiam (l. 1 § 8 h. t.), cujus sit periculo (l. 4 pr. h. t.), custodiae nomine tenentur (l. 5 pr. h. t.), recipiendo periculum custodiae subit (l. un. § 4 furti adv. nautas), periculum ad eos pertinet (l. 14 § ult. de furtis), non solum a furto, sed etiam a damno recedere [recipere] debet (l. 5 § 1 h. t.) zu verstehen. Darin liegt die von den römischen Juristen selbst anerkannte anomale Natur des Edikts: Maxima utilitas[2] est hujus edicti. — Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum (l. 1 § 1 h. t.). Vgl. auch die Rechtfertigung in l. 3 § 1 cit.

Indessen erschien der älteren Theorie diese gesetzliche Haftung auch für den Zufall so exorbitant, dass sie den unbequemen Satz bald durch Reduzirung des periculum casus auf culpa levissima[3], bald durch Verwandlung der Verpflichtungs-

---

[1] Keller, Der römische Civilprozess [6. Aufl.] § 34; Brinz, Pandekten [1. Aufl.] S. 442 [fehlt in d. 2. Aufl.]. Ebenso beim receptum arbitrium, wo nur an Stelle der actio und exceptio das magistratische imperium tritt: l. 15, 16. l. 9 §§ 4, 5. l. 10, 11 pr. §§ 4, 5. l. 13 § 4. l. 17 § 1. l. 32 §§ 4 ff. de receptis (4, 8). Auch hier lautet das Edikt des Prätors unbedingt: sententiam dicere cogam l. 3 § 2 l. 15 eod. Ebenso eine merkwürdige Parallele in dem Gedankengange Ulpian's: l. 3 § 1 eod. und l. 1 § 1 nautae.

[2] Ueber die utilitas im römischen Seerecht vgl. auch l. 1 pr. §§ 5, 20 de exercit. act. (14, 1). l. 1 § 1 de inc., ruina, naufr. (47, 9), und Thöl, Handelsrecht (3. Aufl.) I § 31 b Note 6 [6. Aufl. I § 65 Not. 9].

[3] Vgl. die Citate bei Glück VI S. 121 Note 51, S. 139 Note 14. Die Neueren haben diesen Ausweg selbstverständlich aufgegeben. Doch unterscheidet noch Buddeus in Weiske's Rechtslexikon IV S. 427 bei Fuhrleuten einen mittleren und einen höchsten Grad des Fleisses! Freilich ist diese Unklarheit nicht der ärgste Missgriff der ganz ungenügenden Abhandlung. Eine Abschwächung nach dieser Richtung findet sich übrigens bereits sehr früh, z. B. Edictum Theodorici cap. 119: Si quid de taberna vel stabulo perierit, ab his, qui locis talibus praesunt, vel qui in his negotiantur, repeten-

frage in eine Frage der blossen Beweislast zu umgehen suchte. Die Eigenthümlichkeit des receptum bestehe darin, dass hier ausnahmsweise nicht der Gläubiger die Schuld, sondern der Verpflichtete seine Nichtschuld darzulegen verbunden sei.

Auch diese letzte, noch immer verbreitete[1] Ansicht, auf welche grossentheils die ältere Theorie das ganze Institut und den Grund seiner Einführung stützte, muss entschieden zurückgewiesen werden. Denn nicht nur ist der quellenmässige Gegensatz ein ganz anderer, sondern auch ex locato trifft die Beweislast hinsichtlich des Zufalls stets den Schuldner[2], weil

---

dum est, ita ut praestent sacramenta de conscientia sua suorumque: et si hoc fecerint, nihil cogantur exsolvere, aut certe quantum petitor juraverit se in eo loco perdidisse, restituant (Rhon. S. 37).

[1] Z. B. Carpzov, Jurisprud. forensis p. II c. 26 d. 18, 19; Glück IV § 327 b. VI, § 493; Wolters, a. a. O. S. 3 ff., 26, 56 ff.; Müller, a. a. O. S. 26, 64; Apostoleano, actio de recepto S. 7 Note 2. Mit Limitationen: Harpprecht, Das Recht der Fuhrleute, 1718, I 3 §§ 2—7. Häufig wird dieser unrichtige Satz zwar nicht ausgesprochen, aber doch vorausgesetzt und der Argumentation zu Grunde gelegt, z. B. selbst von Reyscher, Zeitschr. f. deutsches Recht XIX S. 298 (?), 301.

[2] l. 11, 19 pr. § 1 de probat. (22, 3). l. 9 § 4 locati (19, 2). l. 1 § 13 de mag. conv. (27, 8). l. 23—25 mandati (17, 1). l. 1 § 16 depositi (16, 3). l. 5 C. de pign. act. (4, 24). l. 3 C. de probat. (4, 19). Aus der gemeinrechtlichen Literatur hervorzuheben: Casaregis, discursus legales de commercio disc. 23 Nr. 6 ff., 25 ff.; Münter, Das Frachtfahrerrecht I S. 200 ff., II S. 117 ff.; Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung Kap. VI §§ 21—25; Cropp, Jur. Abhandl. II S. 630; Puchta, Pandekten [j. 12. Aufl.] § 267; Sintenis, Civilrecht [3. Aufl.] II § 101 Note 67; Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts II S. 793; Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrund und der Beweislast §§ 17—24; Koch, Eisenbahnen II S. 28 ff.; Blätter für Rechtsanwendung in Bayern XI S. 18, XVIII S. 50, u. A. m. Ueber die deutsche Praxis: Urtheile des Oberappellationsgerichts zu Dresden (Seuffert's Archiv I Nr. 338, VII Nr. 225, XI 237, und Koch, Eisenbahnen, II. Anhang S. 117); zu Lübeck (Thöl, Ausgew. Entscheidungsgr. Nr. 162, Seuffert's Archiv I Nr. 168, IV 113, 114, V 306, VII 310); zu Celle (Seuffert's Archiv I 168); Kassel (Seuffert's Archiv III 262); Wiesbaden (Seuffert's Archiv X 41); des Obertribunals zu Stuttgart (Seuffert's Archiv IV 180 [?]); verschiedene Appellationsgerichte und Juristenfakultäten (bei Koch, Eisenbahnen, II. Anhang S. 120, 181, 187, 205, 213, 220); Hamburger Urtheile (bei Ullrich, Sammlung von seerechtlichen Erkenntnissen des Handelsgerichts zu Hamburg, 1. Heft Nr. 21, 26, 69, 88) u. A. m. Uebereinstimmend die neueren Gesetzgebungen, über welche zu vergleichen: Koch, Lehrbuch des preussischen Privatrechts II § 470; Zachariä, Handbuch des französ. Civilrechts, 5. Aufl. von Anschütz, II §§ 308, 331

derselbe zur rechtzeitigen und unversehrten Restitution kontraktlich verbunden ist.

Steht hiernach die Haftung für den Zufall ebenso fest als der Wegfall dieser Verbindlichkeit unter gewissen Umständen, muss also die Art des Zufalls entscheiden, so entsteht die Frage, nach welchen Kriterien die erforderliche Sonderung der verschiedenen Arten des casus zu bestimmen sei. Die gewöhnliche[1] Antwort lautet: nur vis major (höhere Gewalt) befreit, und darunter wird dann meistens, sofern man überhaupt eine Erläuterung für erforderlich erachtet, ohne weitere Begründung ein an sich unabwendbares Naturereigniss oder eine fremde offenbare (unwiderstehliche) Gewaltthat verstanden. Ein beliebtes Beispiel ist, dass Feuer im Gasthause (Schiffe) selbst nicht von der Haftung befreie. Wohl dasselbe meinen Puchta, Pandekten [12. Aufl.] § 314, und Holzschuher, Theorie und Kasuistik II S. 820 [3. Aufl. III S. 911], wenn sie nur wegen »von aussen kommender[2] vis major« befreien. Etwas verschieden, aber anscheinend in demselben Sinne drücken sich Andere aus, z. B. Mühlenbruch, Pandekten III § 451, nach welchem nur »der rein zufällige, sowie der durch vis major verursachte Schade« befreit; Reyscher, Das gemeine

---

[8. Aufl. von Crome §§ 288, 311] (Code civil art. 1147, 1148, 1302, 1315, 1384, 1784; Code de commerce art. 103); Unger, System des österreich. Privatrechts [2. Aufl.] II S. 569, 570, 593 Note 41a (Bürgerl. Gesetzbuch § 1298); Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 344, 357 alin. 2, 371, 372.

[1] Z. B. Donellus, Commentarii lib. 15 cap. 43 § 11; Glück VI §§ 486, 490; Heise, Handelsrecht S. 370 ff.; Schweppe III § 602; v. Wening-Ingenheim II § 393; Seuffert, Pandektenrecht [4. Aufl.] § 405; Bender, Handelsrecht I § 70; Pöhls, Seerecht II S. 500; Sintenis, Civilrecht [j. 3. Aufl.] II S. 698; Gengler, Deutsches Privatrecht [1. Aufl.] § 95 [fehlt in d. 4. Aufl.]; Bluntschli, Deutsches Privatrecht II §§ 116, 130; Müller, a. a. O. S. 21, 23; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I S. 253, 374 Note 10, bei diesem Schriftsteller um so auffallender, als er kurz zuvor S. 241 ff. die Identität von casus und vis major ausdrücklich anerkennt; Koch, Eisenbahnen II S. 24.

[2] In l. 30 § 4 locati kommt der Ausdruck extraria vis vor, jedoch nur im Gegensatz zu einer von den Leuten des colonus veranlassten Feuersbrunst. Gegenwärtig pflegt man unter äusserem Zufall einen solchen zu verstehen, welcher nicht von innen heraus eintritt, also im Gegensatz zum inneren Verderb der Waaren (vitio rei). Stypmann, De jure maritimo p. IV cap. VII Nr. 318 ff.; Langenbeck, Anmerkungen über das hamburgische Schiffs- und Seerecht (Hamburg 1727) S. 80, und Andere nach Anleitung römischer Stellen, wie l. 13 § 5. l. 15 § 2 locati (19, 2). l. 24 §§ 2, 3 de damno inf. (39, 2).

und württembergische Privatrecht II §§ 460, 461, welcher »unabwendbaren Zufall oder unwiderstehliche Gewalt« erfordert[1]; Arndts, Pandekten [13. Aufl.] § 289, welcher »reinen Zufall und fremde Gewaltthat« ausschliesst. Andere, z. B. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts II § 540, und Archiv für Wechselrecht I S. 162, definiren höhere Gewalt als »ein Ereigniss, welches der Schuldner nicht vorhersehen und vermeiden konnte, in Ansehung dessen ihn auch keine Schuld trifft«, d. h. doch als Zufall[2], und geben damit jene von ihnen selbst als nothwendig erachtete Sonderung innerhalb des Zufalls gänzlich auf. Am weitesten entfernt sich von der gewöhnlichen Darstellungsweise Thibaut, Pandekten [j. 9. Aufl.] § 501, welcher den Ausdruck vis major gänzlich vermeidet und »blossen Zufall« befreien lässt, »unter welchem Begriff hier jedoch die freien schädlichen, dem Wirth selbst unabwendlichen Handlungen Derer, welche er aufnahm, nicht stehen«[3].

Ein tieferes Eingehen auf die einschlägigen Fragen ist uns nirgends begegnet, eher scheint es, dass unter jenen doch auch bedeutsam wechselnden Ausdrucksweisen sich, wo nicht völlige Unklarheit, doch grosse Unsicherheit und Schwanken verbergen[4].

---

[1] Derselbe in der Zeitschr. f. deutsches Recht XIX S. 300.

[2] Vgl. auch Einert im Archiv für Wechselrecht I S. 312 ff. Sollte aber etwa der Nachdruck auf dem »vorhersehen« liegen und damit eine Grenze gegen gewöhnliche Zufälle gemeint sein, so wäre dagegen einzuwenden, dass dieses Kriterium unzulässig ist, weil es nur in gewissen Fällen zutrifft: auch Gewitter, Anrücken feindlicher Heere lassen sich häufig vorhersehen und werden doch sicherlich als höhere Gewalt bezeichnet. Ebenso ist die Identität von cas fortuit und force majeure im französischen Recht anerkannt, welches häufig beide Ausdrücke kumulativ braucht. Vgl. Pardessus, Cours de droit commercial Nr. 238, und namentlich Delamarre et Lepoitvin, Traité du contrat de commission t. II Nr. 38; Troplong, Du louage Nr. 916, u. A. m.

[3] So im Wesentlichen auch schon Struo, welcher den Nachdruck auf das Wort ejus in etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est legt. Ueber dessen Kontroverse mit Cocceji vgl. Wehrn, Doctrina juris explicatrix principiorum et causarum damni, Leipzig 1795, § 18.

[4] So sagt z. B. Pöhls, Handelsrecht I S. 146: »Selbst für den casus muss er (der Fuhrmann) insofern aufkommen, als die Gesetze ihn verantwortlich machen, auch wenn eine Sache ohne seine Schuld unterging. Nur ein damnum fatale befreit ihn. Was unter diesem damnum fatale zu verstehen sei, lässt sich schwer bestimmen. Nur so viel ist gewiss, dass eine unabwend-

Fortsetzung:

Der gewöhnliche Begriff von vis major ist unhaltbar und unzureichend. Beweis aus den römischen Rechtsquellen.

§ 5.

Soll der Begriff der »höheren Gewalt« ein praktisch irgend brauchbarer sein und einen sicheren Anhalt gewähren,

---

bare höhere Gewalt ihn befreit.« Auch zwei neuere, ganz gleichlautende Urtheile des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 22. Dezember 1856 (Sammlung von Erkenntnissen etc. in hamburgischen Rechtssachen III S. 152 ff.), welche unser Institut einer sorgfältigen Prüfung unterziehen, begnügen sich mit bloss negativen Resultaten. Es handelt sich um Schadensersatz an bereits übernommenen, aber noch nicht verladenen Waaren, welche auf der Werft von Boston verbrannt waren. In dieser Beziehung heisst es in den gedachten Urtheilen: »Was nun den in Rede stehenden Punkt selbst anlangt, so ist unverkennbar dasjenige, was die Wiederkläger als das in den nordamerikanischen Staaten und speziell zu Boston geltende Recht bezeichnen, in hohem Grade singulär. Sie behaupten, dass der Schiffer nach diesem Rechte die Folgen eines jeden Feuerschadens, welcher sich an den zu transportirenden Gegenständen auf andere Weise als in Veranlassung eines Blitzstrahles ereigne, zu tragen habe, ohne Rücksicht darauf, wenn auch etwa die Wirkung des Feuers als eine den Umständen nach unabwendlich gewesene anzusehen sein sollte. Dies steht mit den Prinzipien, welche in dieser Materie den Seerechten sowohl älterer als neuerer Zeit, wenigstens der weit überwiegenden Mehrzahl nach, zu Grunde liegen, im Widerspruche. Und wenn der von den Wiederklägern hierfür citirte Kent, Comment. II S. 597 ff., die Meinung aufstellt, dass die von ihm vertretene umfangreiche und derjenigen eines Versicherers in den meisten Punkten gleichkommende Verantwortlichkeit des Schiffers aus dem römischen Rechte — welches allerdings im Wesentlichen die Grundlage des in Betracht gezogenen Theils der geltenden Seerechte bildet — zu rechtfertigen sei, so ist dies ein Irrthum. Denn weder weil der Frachtkontrakt eine locatio conductio operis ist, haftet der Schiffer für die Gefahr der zu transportirenden Gegenstände, noch führen die Grundsätze vom receptum auf das bezeichnete Resultat hin. Freilich erweitern die letztgedachten Grundsätze die Verantwortlichkeit des Schiffers so, dass, während er nach den Prinzipien des Miethvertrages schon frei ist, si sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, er in Betreff recipirter Gegenstände für Untergang und Beschädigung haftet, nisi quid damno fatali contingit. Allein der Begriff des damnum fatale wird zu eng aufgefasst, wenn man ihn nur auf unmittelbare und absolut unwiderstehliche elementare Wirkungen bezieht. Schon die in der l. 3 cit. selbst aufgeführten Beispiele, unter welchen auch die vis piratarum angegeben wird, würden jene Auslegung als bedenklich erscheinen lassen, allein jeder Zweifel wird dadurch beseitigt, dass in der gleich der l. 3 cit. von Ulpian herrühren-

so müssten wir ein Doppeltes annehmen und durch die Quellen erweisen können:

1. Nur solche Ereignisse befreien, welche **ihrer Natur** nach unverschuldet zu sein **pflegen**, deren Abwendung und Abwehr menschliche Voraussicht und Kraft zu übersteigen pflegt.

In diesem Sinne wird der Begriff wohl von den Meisten gedacht[1] und namentlich im Handelsrecht häufig gebraucht, am schärfsten aber von Bluntschli, a. a. O. S. 20, entwickelt. »Diese Unterscheidung innerhalb des Zufalls hat in der That ein praktisches Interesse. In den Fällen des gewöhnlichen Zufalls nämlich ist es meistens sehr schwer, zu einem sicheren Urtheile zu gelangen, ob durch Sorgfalt der Schaden hätte abgewendet werden können oder nicht; in den Fällen der höheren Gewalt dagegen (Naturereignisse, Feindesgewalt) ist es klar, dass der Einzelne ihr nicht widerstehen kann. Jene Unterscheidung schneidet daher in objektiv sicherer Weise die Streit- und Beweisfragen ab, und eignet sich darum so vorzüglich für das Handelsrecht.« —

2. Diese Ereignisse müssten überdies im konkreten Falle unverschuldet, d. h. für den Verpflichteten unvermeidlich und unabwendbar gewesen sein, — was sie nament-

---

den l. 52 § 3 pro socio (17, 2) damna fatalia definirt, und zwar als diejenigen bezeichnet werden, denen durch Vorsicht nicht vorgebeugt werden kann, wobei unter Anderem auch incendium als Beispiel eines solchen damnum erwähnt wird. Damit übereinstimmend haben der Regel nach die Seerechte den Schiffer dann für nicht verhaftet erklärt, wenn er durch nicht vorherzusehen gewesene, unabwendliche äussere Einwirkungen an der Lieferung der zu verschiffenden Gegenstände überhaupt oder in unbeschädigtem Zustande verhindert wurde, gleichviel, ob die causa nocens eine unmittelbare elementarische war oder nicht. Hiervon zeugt auch die seerechtliche Praxis, wie sie notorisch besteht, und kann es hierbei unerörtert bleiben, ob nicht das hamburgische Recht in Betreff der Grundsätze des receptum noch weiter zu Gunsten des Schiffers geht.«

[1] Z. B. Wächter, Württembergisches Privatrecht II S. 790. Eine noch engere, aber durchaus ungewöhnliche Bedeutung legt Pöhls Darstellung des Seeassekuranzrechts I S. 251 dem Ausdruck »höhere Gewalt« bei, indem derselbe nur unvorhergesehene Eingriffe und Akte der Staatsgewalt umfasse, nicht auch Naturereignisse. Die Aelteren brachten jene hergebrachte Scheidung von Zufall und höherer Gewalt mit ihrer Theorie von der dreigradigen culpa in Verbindung. Dagegen Glück VI S. 138, 139; doch kommt seine eigene Unterscheidung S. 119, 120 auf nichts Anderes hinaus.

lich alsdann nicht wären, wenn er sich ohne Grund oder gar kontraktswidrig ihnen ausgesetzt hätte. Denn alsdann darf ihn der Umstand nicht entschuldigen, dass die wirkende Ursache des Ereignisses nicht auf seinen Willen zurückzuführen ist.

Dieses letzte Moment ist offenbar in dem Ausdruck »höhere Gewalt« (vis major, damnum fatale, force majeure) nicht enthalten. Es gibt »kein Ereigniss, welches unter allen Umständen die Möglichkeit der Verschuldung des debitor, auch einer bloss mittelbar einwirkenden, auszuschliessen vermöchte[1]«. Ein sog. casus mixtus ist überall denkbar und vertretbar[2].

Was dagegen das erste, objektive Moment anlangt, so ist klar, dass eine Scheidung in der von Bluntschli entwickelten Art zwar theoretisch vielleicht denkbar, aber doch praktisch nur überaus schwer, wenn überhaupt durchführbar wäre[3], überdies aber sowohl eine jeder tieferen Auffassung widerstrebende Veräusserlichung der Schuldfrage, wie eine materielle Ungerechtigkeit in sich schlösse, also eine Anomalie, welche wir nur dann annehmen dürften, wenn sie klar ausgesprochen wäre, und welche nur dann innerlich gerechtfertigt erschiene, wenn zwingende Verkehrsbedürfnisse sie hervorriefen. Solche aber fehlen durchaus. Ob ein Ereigniss in der Regel oder nur ausnahmsweise unvermeidlich und unabwendbar ist, kann für

---

[1] Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I S. 236.

[2] L. 11 §§ 1, 4. l. 9 § 3. l. 12, 13 § 7 locati (19, 2). L. 1 § 4 de O. et A. (44, 7). l. 2 § 8 si quis caut. (2, 11). l. 7 § 2. l. 11 pr. l. 30 § 3 ad leg. Aquil. (9, 2). l. 5 § 4. l. 18 pr. commod. (13, 6). l. 21 (22) de negot. gest. (3, 5). l. 2 quod met. causa (4, 2). l. 30 de pign. act. (13, 7) § 6. J. de obl. quae ex del. (4, 1) § 2. J. quib. modis (3, 14). Vgl. namentlich Casaregis, disc. leg. 19 Nr. 23—25, 31—34 disc. 1, Nr. 83 ff. disc. 23, Nr. 45 ff.; Mommsen, a. a. O. I S. 234 ff., 243 Note 24. Für den Frachtvertrag: Lauterbach, diss. academ. disp. 105 Nr. 38; Harpprecht, a. a. O. I 3 § 7.

[3] In gewissen extremen Fällen wird man einig sein, z. B. bei Wolkenbrüchen, Blitz, Bergsturz. Wie aber bei dem Hauseinsturz? bei dem Raube? bei dem Schiffbruch? Ist gewaffneter Diebstahl stets höhere Gewalt? Doch wohl nicht schlechthin, nicht z. B., wenn etwa ein mit einem Knüttel bewaffneter Mann eine aus vier Knechten bestehende Bewachung des Transports auf der Heerstrasse angreift. Es kommt also immer wieder auf die Umstände des einzelnen Falles an: auf die Zahl, die Bewaffnung der Räuber, auf die Lage der Angegriffenen, den Ort und die Zeit des Angriffs u. s. f. Vgl. auch Mommsen I S. 243 Note 24. Vortrefflich Einert im Archiv für Wechselrecht I S. 315.

den Beweis[1], nicht dagegen für das materielle Recht einen Unterschied bewirken.

Soweit aber diese Ansicht sich auf die römischen Quellen stützt, erscheint sie durchaus unerweislich. Sie kann ihren Anhalt nur suchen in den Ausdrücken damnum fatale und vis major oder in den angeführten Beispielen.

Damnum fatale ist, nach der einzigen Legaldefinition in l. 52 § 3 pro socio, aus dem 31. Buche desselben ulpianischen Ediktkommentars, ein damnum quod imprudentibus accidit, d. h. welches Nichtwissende, Nichtvorhersehende[2] trifft. Setzen wir nun auch statt »Nichtwissende etc.« den Ausdruck »Nichtwissen- oder Nichtvorhersehenkönnende«, so ist damit doch nichts Anderes als mit dem Ausdruck »Zufall« gesagt: »ein im vorliegenden Fall dem Schuldner nicht zuzurechnendes, daher in der Regel von aussen her eintretendes Ereigniss«[3]. Auch in l. 2 § 1 de P. et C. (18, 6) wird der Ausdruck als blosser Gegensatz zur culpa gebraucht.

Ebenso dient der Ausdruck vis major oder magna bekanntlich schlechthin zur Bezeichnung unverschuldeter Ereignisse, mögen diese durch Naturgewalt[4] oder durch Menschen veranlasst sein, ganz gleichbedeutend und abwechselnd mit damnum fatale, casus, casus fortuitus oder major, cui resisti non potest u. s. f., als blosser Gegensatz zur culpa, z. B. l. 1 § 4 de O. et A. (44, 7). l. 2 § 1 de P. et C. (18, 6). l. 7 pr. de edendo (2, 13). l. 13 § 1. l. 30 de pign. act. (13, 7). l. 28 C. de locato (4, 65)[5]. Ein sehr vollständiger

---

[1] Mommsen I S. 236, 245. Vgl. auch Hasse, Die Culpa cap. XII, Ueber Präsumtionen.

[2] Vgl. auch l. 5 § 4 commodati (13, 6). l. 11 § 4 de minoribus (4, 4): occasione damni non inconsulto accidentis, sed fato. — Ueber imprudens in diesem Sinne vgl. Caesar de B. G. II 38. Cicero pro Roscio Amer. 8, 31. l. 18 (19) § 3 de neg. gestis (3, 5). l. 24 § 1. l. 29 de A. E. V. (19, 1). So versteht auch das Oberappellationsgericht zu Lübeck (Seuffert's Archiv IV Nr. 114) den Begriff damnum fatale von »äusseren Umständen, im Gegensatz der in der Macht des Schiffers liegenden Umstände«.

[3] Ueber den Sprachgebrauch auch Mommsen I S. 241 ff.

[4] So insbesondere auch gleichbedeutend mit vis divina: θεοῦ βία. l. 25 § 6 locati (19, 2). l. 24 § 4 de damno inf. (39, 2); vis naturalis l. 59 locati (19, 2); impedimentum naturale l. 137 § 4 de V. O. (45, 1).

[5] Siehe auch die Wörterbücher von Brissonius und Dirksen bei den Worten casus, vis, fatalis; Heimbach in Weiske's Rechtslexikon II S. 573; Mommsen, a. a. O.

Katalog von quodcunque damnum, si modo culpa carent in l. 30 pr. ad leg. Falcid. (35, 2). Vgl. auch l. 23 de R. J. (50, 17) und l. 18 pr. commodati (13, 6).

Gehört doch auch zu den Legalbeispielen der vis major neben ruina, naufragium und anderen Ereignissen, welche regelmässig unverschuldet sein mögen, das incendium [1], von welchem an sich klar ist, und wiederholt hervorgehoben [2] wird, dass es sehr häufig, wenn nicht gar in der Regel verschuldet sei. Und auf der anderen Seite ist der Ausdruck vis major selbst für solche Ereignisse, welche regelmässig oder gar unzweifelhaft jeder menschlichen Voraussicht und Kraft spotten, so wenig technisch, dass für dieselbe ebenso häufig der Ausdruck casus fortuitus vorkommt, z. B. l. 24 § 3 de damno infecto (39, 2): — terrae motu aut vi fluminis, aliove quo casu fortuito. l. 6 § 9 de edendo (2, 13): — naufragio vel ruina, vel incendio, vel alio simili casu. l. 21 (22) de neg. gestis (3, 5): — casu quodam — forte incendio, ruina. In l. 18 pr. commodati (13, 6) findet sich der Ausdruck casus quibus resisti non potest für dieselben Fälle, welche in § 2 J. quib. modis re (3, 14), der daraus entlehnt ist, mit major vis und major casus bezeichnet werden.

Endlich hat man den gesuchten objektiven Maassstab aus den beigefügten Beispielen »si quid naufragio aut per vim piratarum perierit« entnehmen wollen. Denn indem hier als befreiend nur solche Ereignisse genannt werden, welche sich als unwiderstehliche Natur- oder Menschengewalt darzustellen pflegen, erscheine der Begriff des damnum fatale sachlich begrenzt [3].

So natürlich indessen sich dieser Ausweg darbietet, stehen doch drei entscheidende Gründe entgegen. Einmal fehlt jeder Anhalt, dass Labeo nur die von ihm genannten und ähnliche Ereignisse als befreiend bezeichnen wollte, da an die Erörterungen eines kommentirenden Juristen, bei aller zu er-

---

[1] Z. B. l. 18 pr. l. 5 § 4 commod. (13, 6). l. 21 (22) de neg. gest. (3, 5). l. 23 de R. J. (50, 17). l. 6 § 9 de edendo (2, 13). l. 17 § 4 de pr. verb. (19, 5).

[2] l. 3 § 1 de off. praes. vigil. (1, 15). l. 12 (11) de P. et C. (18, 6). l. 30 § 4 locati (19, 2). l. 52 § 3 pro socio (17, 2).

[3] So z. B. Müller, a. a. O. S. 24; Koch, Eisenbahnen II S. 24 Note 11.

wartenden Präzision, sich unmöglich gleich strenge Anforderungen wie an den Gesetzgeber stellen lassen. Sodann soll mit diesen Beispielen gar nicht eine Begrenzung des damnum fatale gegeben werden, sondern sie werden lediglich als Konsequenzen aus der Nichthaftung für damnum fatale hingestellt: Inde Labeo scribit —. Endlich finden wir ganz ähnliche Beispiele und in völlig gleicher Weise bei solchen Rechtsinstituten gebraucht, für welche unzweifelhaft keine Haftung über culpa hinaus begründet ist. Z. B. für das Kommodat:

> L. 1 § 4 de O. et A. (44, 7): Is vero, qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio rem, quam accepit, amiserit, securus est; alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur.

Für die Societät:

> L. 52 § 3 pro socio (17, 2): Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare; ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est. —

Es würde endlich, bei dieser Auffassung, nicht allein ein singulärer Rechtssatz, der ja ausser Frage steht, sondern ein singulärer Sprachgebrauch der Quellen [1], und eine Veräusserlichung der Schuldfrage anzunehmen sein, für welche es im Uebrigen an jedem Anhaltspunkte fehlt.

Die späteren Schicksale jenes angeblich technischen Begriffes der höheren Gewalt werden wir insbesondere für unser modernes Handelsrecht am Schluſs dieser Abhandlung (§§ 12, 13) verfolgen; hier wollen wir, an Stelle jener äusserlichen und ungenügenden Auffassung des Quelleninhalts, das wahre Wesen unseres Instituts zu erforschen suchen. Dabei mag die Bemerkung nicht überflüssig erscheinen, dass positive Rechtsnorm aus Zweckmässigkeitsgründen sehr wohl gewisse, im konkreten Fall unverschuldete, also als Zufall zu erachtende Ereignisse in den Kreis der vertretbaren hineinziehen und so eine Scheidung zwischen den verschiedenen Arten von

---

[1] Dies erkennt Mommsen I S. 374 Note 10 ausdrücklich an.

Zufällen statuiren mag[1]. Nur wird der Maassstab für diese Scheidung nicht aus einem allgemeinen technischen Begriff, wie dem vermeintlichen der vis major, zu entnehmen sein, sondern eben lediglich durch jene positive Rechtsnorm bestimmt werden, welche die Grundlage der Sonderung bildet. —

Fortsetzung:

Wahrer Begriff der vis major in unserer Lehre.

§ 6.

Noch immer befinden wir uns in dem Dilemma einer gleichzeitigen Haftung und Nichthaftung für den Zufall (omnimodo, sine culpa ejus — nicht für damnum fatale, vis major). Und doch ist die Lösung des Räthsels überaus einfach, sobald man nur, statt sich an einzelne resultatlose Ausdrücke zu halten, den Zusammenhang der ganzen Lehre überschaut.

Die im Edikt ausgesprochene unbedingte Haftung auch für unverschuldeten Verlust und Beschädigung ist von der Jurisprudenz in folgender Weise näher bestimmt worden:

1. Handlungen der Dienstleute und Passagiere (vectores, viatores) gelten den eigenen Handlungen des Recipienten gleich. Er steht also unbedingt ein nicht allein für eigenes Verschulden, sondern auch für jede Beschädigung und jeden Verlust, welche durch Verschulden einer dieser Personen herbeigeführt sind.

> L. 1 § ult. l. 2. l. 3 pr. h. t.: Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum, sicut et caupo viatorum; et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigesimo quarto scribit.
>
> L. 3 § 3 eod.: — Item si servus exercitoris surripuit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur.

Doch darf er sich, seine Solvenz vorausgesetzt, mit den

---

[1] So z. B. das englische common law, welches den Frachtführer (common carrier) für unbedingt haftbar erklärt, z. B. auch für Raub, except the act of God and the kings ennemies. So neuere Post- und Eisenbahngesetze.

Deliktsklagen gegen die Thäter regressiren. Vgl. oben § 3. IV. 2.

Die Anomalie dieser Haftung leuchtet bezüglich der vectores ein. Sie ist aber nicht minder zu behaupten in Betreff der Dienstleute, da nur in wenigen singulären Fällen das römische Recht eine unbedingte, über culpa in eligendo hinausgehende Haftung des Dienstherrn für seine Leute anerkennt. Die l. 25 § 7 D. locati (19, 2) beweist nicht für das Gegentheil [1]. —

2. Er garantirt ferner für Handlungen Dritter, zu der ebengedachten Kategorie nicht gehöriger Personen, und zwar nicht allein gegen furtum, sondern auch gegen damnum derselben: Vernichtung und Beschädigung.

L. 5 § 1 h. t.: Quaecunque de furto diximus, eadem et de damno intelligi debent; non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recedere (recipere) videatur.

Vgl. l. 3 §§ 1, 3 h. t.

Ob diese Garantie eine unbedingte ist, wird sich später ergeben. Allein auch abgesehen davon ist dieser zweite Satz nicht minder anomal als der erste. Denn die Verpflichtung, für custodia einzustehen, welche dem Recipienten obliegt [2], schliesst regelmässig nur die Haftung gegen Diebstahl, nicht auch gegen Beschädigung durch Dritte in sich; sofern nämlich nicht der Nachweis geführt wird, dass der Schuldner im Stande gewesen wäre, dieselbe zu verhindern. Hinsichtlich des furtum liegt dem Schuldner der Beweis der Unvermeidlichkeit, umgekehrt hinsichtlich des damnum dem Gläubiger der Beweis der Vermeidlichkeit ob [3].

3. Er haftet nicht für damnum fatale oder vis major. L. 3 § 1 h. t.

---

[1] Dort wird übrigens nicht eorumve, sondern eorumque gelesen. Der Beweis dieses wichtigen Satzes für das römische Recht soll ein anderes Mal geführt werden. Für die entgegengesetzte Meinung hat sich inzwischen auch Ubbelohde entschieden, auch eine ausführliche Darstellung in Aussicht gestellt. (Magazin f. hannoversches Recht IX S. 299 ff.)

[2] Vgl. den Text Seite 420 nach Note 1.

[3] L. 14 § 12. l. 91 (90) de furtis (47, 2). l. 5, 8 C. de act. pign. (4, 24), vgl. mit l. 19 commod. (13, 6). l. 40, 41 locati (19, 2). Hasse, Die Culpa cap. X, XII.

Fassen wir diese drei Sätze zusammen, so ergäbe sich, dass die Haftung über culpa hinaus sich so weit erstreckt, als die beiden ersten Sätze reichen, dass aber jede andere, nicht vom Recipienten selbst ausgegangene Beschädigung, Vernichtung, Entwendung als nichtvertretbare vis major anzusehen ist. Oder mit anderen Worten: Als vis major oder casus gilt in der Theorie des receptum ein jedes vom Recipienten selbst unverschuldetes Ereigniss, welches nicht unter Satz 1 und 2 fällt.

Zu einer genügenden Abgrenzung bedarf es indessen noch einer näheren Fesstellung des zweiten Satzes.

Durch diesen ist zunächst nichts weiter ausgesprochen, als dass die custodia sich hier auch auf das damnum injuria datum erstreckt. Dabei ist nun ein Doppeltes möglich. Entweder es bleibt im Uebrigen bei der Regel, dass die Haftung für furtum keine unbedingte ist, sondern nur vorbehaltlich des Gegenbeweises besteht, dass der That bei aller Vorsicht nicht hat vorgebeugt werden können[1], — und Gleiches würde alsdann auch für das damnum gelten. Oder die Haftung für furtum ist hier ausnahmsweise eine unbedingte, daher auch für damnum, d. h. mit andern Worten: Schiffer und Wirth haften schlechthin für jede durch irgend Jemand verübte Entwendung und Beschädigung.

Diese letzte, von allen denen, welche unter vis major die »höhere Gewalt« in dem §§ 4, 5 bezeichneten Sinne verstehen, insbesondere auch von Hasse[2] vertheidigte Ansicht findet in den Quellen keine Begründung.

In der mehrbesprochenen l. 3 § 1 nautae ist keineswegs »mit dürren Worten gesagt, dass der Unterschied der actio de recepto von den oft (!) konkurrirenden Kontraktsklagen darin liege, dass jene sowohl wegen Diebstahls als wegen damnum injuria datum unbedingt und auch ausser dem Fall der culpa (schlechthin) angestellt werden könne, indem diese es nicht können.« Denn unter Umständen wird ja sowohl furtum, wie

[1] Hasse, cap. X; Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts S. 39, 40; Unterholzner, Schuldverhältnisse I § 139; Mommsen, Erörterungen I S. 90 Note 14.

[2] A. a. O. §§ 78, 86. Vgl. Lauterbach, disput. 105 Nr. 42; Schweppe III § 602; Göschen II 2 § 658; Sintenis II S. 699 [3. Aufl. S. 702]; Müller, a. a. O. S. 22; Koch, Eisenbahnen II S. 24 Note 11, S. 26 Note 17.

insbesondere damnum zu dem ausdrücklich ausgeschlossenen damnum fatale gerechnet werden können[1], und in den Worten etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est kann sehr wohl auf die schlechthin verpflichtenden Delikte der Gehilfen und Passagiere hingewiesen sein, ohne dass im Uebrigen durch das omnimodo tenetur die Frage nach der Verschuldung für unbedingt irrelevant erklärt wäre. Solcher Ausdehnung steht insbesondere der von Hasse nicht beachtete Umstand entgegen, dass mehrfach und mit Nachdruck die Haftung des Schiffers und Wirths für die Dienstleute und die Reisenden als ein ausserordentlicher, ungeachtet der unbedingten Fassung des Edikts erst durch die Jurisprudenz festgestellter Rechtssatz hervorgehoben[2] und ein wesentlicher Unterschied der Geschäftsklage von den Strafklagen darin gesetzt wird, dass bei den letzteren nicht für vectores und viatores gehaftet wird[3]. Diese Ausdrucksweise wäre unerklärlich, wenn auch die Handlungen anderer als der genannten Personen unbedingt verpflichten sollten. Eine Haftung für diese lag am nächsten, eine unbedingte Garantie gegen die Handlungen Anderer wäre höchst anomal gewesen, und hätte darum um so mehr der ausdrücklichen Erwähnung bedurft.

Hiernach scheint unser zweiter Satz nur im Sinne der erstgedachten Alternative verstanden werden zu können: die Regeln, welche bei jedem zur custodia Verpflichteten hinsichtlich des furtum gelten, aber auch keine schärferen — von den Delikten der Dienstleute und Passagiere abgesehen —, finden beim receptum auch hinsichtlich des damnum Anwendung.

Eine leichte Modifikation dieser Auffassung ergibt sich indessen aus den folgenden Betrachtungen (§§ 7, 8), welche für die richtige Auffassung unseres Instituts nicht ohne Bedeutung und für dessen geschichtliches Verständniss unentbehrlich sind.

---

[1] Nach dessen Legaldefinition in l. 52 § 3 pro socio. Man braucht nicht einmal darauf Gewicht zu legen, dass, wie in den germanischen Rechtsquellen gewöhnlich, so auch in l. 30 pr. ad leg. Falcid. (35, 2) zu dem quodcunque damnum, neben mortes servorum, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium, latronum, praedonum auch furta gezählt werden.

[2] L. 1 § ult. l. 3 pr. h. t.

[3] L. 6 § 3 h. t. l. un. § 6 furti adv. nautas (47, 5).

V. Das salvum fore recipere die Grundlage der actio de recepto.

§ 7.

Wir haben im § 1 das receptum als ein prätorisches Obligationsverhältniss bezeichnet, dessen juristischer Charakter darin besteht, dass unter bestimmten Voraussetzungen gewissen civilen Vertragsverhältnissen eine umfassendere Garantieverpflichtung von Rechts wegen hinzutritt. Diese Auffassung schliesst weder die Möglichkeit vertragsmässiger Beseitigung jener Garantie (§ 11), noch die Annahme aus, dass der Standpunkt des vorklassischen Rechts ein verschiedener gewesen sei.

Für diese Annahme spricht entschieden der Wortlaut des prätorischen Edikts:

Ulpian: L. 1 pr. h. t. Ait Praetor: Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.

§ 6. Ait Praetor: quod cujus salvum fore receperint —

§ 8. Recipit autem salvum fore —

Gajus: L. 5 § 1. — non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit —

Ulpian: L. un. § 5 furti adv. nautas. Quodsi receperit salvum fore nauta vel caupo —

Paulus: R. S. II 6, § 1. Filius familias si voluntate patris navem exerceat, patrem in solidum ob ea, quae salva receperit (al. receperat, recepit), obligat.

Dass diese so häufig mit Nachdruck wiederholten Worte salvum fore recipere ein wirkliches Versprechen, für die Integrität der Ladung einstehen zu wollen, eine Garantieübernahme, bezeichnen, kann nicht zweifelhaft sein. Von den verschiedenen Bedeutungen des Wortes recipere kommen hier nur die ganz nahe verwandten »annehmen, aufnehmen, übernehmen« und »auf sich nehmen, über sich nehmen, übernehmen, versprechen, garantiren« in Betracht. Das salvum fore recipere kann somit ein Doppeltes bedeuten:

1. »aufnehmen, so dass das aufgenommene Gut unversehrt bleiben soll«, also »aufnehmen mit dem Versprechen, für die Integrität einzustehen«,

2. »versprechen, für die Integrität einstehen zu wollen«.

Im ersten Falle läge der Nachdruck auf der thatsächlichen Uebernahme der Waare, und das Versprechen träte als Modalität der Annahme hinzu, durch die Worte salvum fore bezeichnet.

Im zweiten Falle läge der Nachdruck auf dem Versprechen, und die thatsächliche Uebernahme der Waare würde als selbstverständliche Voraussetzung der Wirksamkeit des Garantieversprechens subintelligirt.

Beide Bedeutungen der Formel geben einen gleich guten und im Resultate übereinstimmenden Sinn. Wenn für die erste zu sprechen scheint, dass mit dem nisi restituent[1] eine thatsächliche Uebernahme besser harmonirt, so spricht für die zweite schon die einfachere, ungezwungenere Konstruktion. Auch aus anderen Gründen möchte ich mich für die letzte Bedeutung entscheiden. Der Ausdruck recipere im Sinne von versprechen wird nicht bloss sehr gewöhnlich, sondern geradezu technisch (also wahrscheinlich recipio lautend, als einseitiger Verpflichtungsakt) neben polliceri, promittere, spondere gebraucht. So heisst es bei Cicero[2]: spondeo in meque recipio —; polliceris vel potius recipis —; promitto, recipio, spondeo —; quae tibi promitto et recipio —; non solum confirmavit, verum etiam recepit. — Ebenso finden sich, abgesehen von dem häufigen custodiam recipere, in den juristischen Quellen folgende Wendungen: vel repromittente, vel se delegante, vel in se recipiente debitum —; aditurum se hereditatem recepisset et restituturum —; si tacite in fidem suam recipiat —; recepisse autem arbitrium videtur qui judicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur[3]. Gerade

---

[1] Doch ist bekannt, dass das restituere und insbesondere die übliche Klausel der actiones arbitrariae »nisi restituat« keineswegs eine vorausgehende Hingabe voraussetzt. Restituere heisst sehr häufig nur: »Herausgeben«, oder gar nur »seiner Verbindlichkeit nachkommen«. l. 22. 75. 81. D. de V. S. (50, 16). l. 173 § 1 de R. J. (50, 17). l. 9 § 7 q. m. c. (4, 2). l. 17 § 1. l. 20 de R. V. (6, 1). v. Savigny, System V S. 127 ff.; v. Keller, Civilprozess [auch 6. Aufl.] Note 792; so auch reddere. Vgl. meine Untersuchungen zu l. 122, § 1 de V. O. S. 53 ff.

[2] Cicero fam. 13, 17. Att. 13 1, 2. Phil. 5, 18. fam. 5, 8, 5. 6, 12. Viele andere Stellen nichtjuristischer Klassiker bei Klotz, Handwörterbuch II S. 1072.

[3] l. 4 § 1 de manum. (40, 1). l. 47 (46) de hered. inst. (28, 5). l. 40 § 1 de jure fisci (49, 14). l. 13 § 2 de receptis (4, 8). Auch Brissonius, h.

auf dieser Bedeutung des recipere, welche namentlich dem älteren Sprachgebrauch angehört haben dürfte, beruht der zuerst von Contius, disput. jur. civil. lib. I c. 4 nachgewiesene Zusammenhang zwischen unserem Digestentitel und dem unmittelbar voraufgehenden De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant (4, 8), welcher unzweifelhaft schon im prätorischen Edikt neben dem unsrigen stand. (Ulpian. liber XIII, XIV ad Ed. Paulus libro XIII ad Ed.) Der arbiter verpflichtete sich ursprünglich wahrscheinlich durch die Formel recipio (sententiam me dicturum u. dgl.). Auf diesem Sprachgebrauch beruhte auch die actio receptitia gegen den argentarius [1].

Das Versprechen salvum fore, jedoch in Stipulationsform, gleichfalls als Garantieversprechen, begegnet uns in den bekannten Stipulationes rem pupilli salvam fore und rempublicam salvam fore [2].

Da das salvum fore recipere offenbar als technischer Ausdruck angewendet wird, und überdies beide Theile desselben als technische Formeln bezeugt sind, so mögen diese oder doch ähnliche Worte, z. B. salvum erit, von Schiffern und Wirthen regelmässig bei der Aufnahme gebraucht worden sein, um ihren Garantiewillen erkennbar zu machen. Auch hätte darin, bei dem Hange des älteren Rechts zum Formalismus und bei der Natürlichkeit solcher Erklärungsweise, weder etwas Auffallendes, noch bei der verhältnissmässigen Beschränkt-

---

v. 3, und Dirksen, Manuale h. v. § 6 nehmen in der Formel salvum fore recipere das recipere im Sinne von Versprechen, während der Letztere eod. § 4, auf welchen sich Sintenis, Civilrecht II S. 696 Not. 8 [3. Aufl. II S. 699 Not. 8], irrthümlich beruft, nicht von dem salvum fore recipere, sondern von recipere im Sinne der l. 3 pr. h. t. spricht. Dadurch erledigen sich auch die Zweifel von Schilling, Institutionen III § 339 Not. e, f.

[1] l. 2 C. de const. pec. (4, 18) § 8. J. de act. (4, 6) und dazu Schrader. Der gekünstelten Konstruktion Girtanner's (Die Stipulation S. 169 ff.), wonach das allerdings wahrscheinlich dabei technische Wort recipio auf »Geben und sofortigen Rückempfang, eine Bethätigung der fides« hindeutete, bedarf es hier so wenig als überhaupt. Die Formel recipio als einseitige formelle Erklärung an die dotis dictio erinnernd.

[2] l. 1 pr. § 17 de mag. conv. (27, 8). l. 16 § 2 de muner. (50, 4). l. 2 § 5. l. 17 § 15 ad muncip. (50, 1). l. 67 pr. de V. O. (45, 1) § 4. J. de div. stip. (3, 18). D. rem pupilli salvam fore (46, 6). l. 8 de curat. fur. (27, 10).

heit des Verkehrs ein Hemmniss für diesen gelegen. Man darf nur freilich nicht an heutigen Hotel- und Dampfschiffverkehr denken. Eine schlagende Analogie gewähren die üblichen Formulare, ältere wie neuere, unserer Konnossemente, in welchen der Schiffer erklärt, »welche vorbenannte Waare ich gelobe, wohl gekonditioniret, wie ich sie empfangen habe, zu liefern in — an —«; oder: »Die Ladung ist mir — in vorbemerkter Beschaffenheit richtig übergeben worden, und verpflichte mich ausdrücklich, dieselbe weder zu verfälschen, noch verfälschen zu lassen, auch solche unbeschädigt, wie ich sie empfangen habe, wieder abzuliefern, und bleibe im entgegengesetzten Falle dem rechtlichen Besitzer für allen daraus entstehenden Nachtheil — verhaftet«; oder kürzer »ich verbinde mich, alles, wie ich's empfangen, nach meiner glücklichen Ankunft in — abzuliefern«[1]. In den neuesten Konnossementen wird diese Klausel mitunter als selbstverständlich weggelassen, oder in anderer Form, nicht als persönliche Erklärung des Schiffers aufgenommen[2].

Bei einem rein mündlichen Verkehr, wie der ältere römische Verkehr überhaupt und insbesondere auch der Seefrachtverkehr war, lauteten diese Erklärungen natürlich kürzer und beschränkten sich auf die für die Erkennbarkeit des Garantiewillens erforderlichen Worte.

An diese Verkehrssitte kann das prätorische Edikt in zweifacher Weise angeknüpft haben. Einmal, indem es die volle Wirksamkeit einer solchen einseitigen und wohl nicht schlechthin an eine bestimmte Formel und Form gebundenen Erklärung ausser Zweifel, vielleicht auch den Umfang der dadurch übernommenen Verpflichtung festsetzte. Sodann, und in noch durchgreifenderer Weise, indem es, ausgehend von dem in der Sitte begründeten ausdrücklichen Garantieversprechen der Wirthe und Schiffer, die bezweckte Wirkung dieses Ver-

---

[1] Das erste Formular ist das ältere deutsche, wie es »der wohl instruirte Schiffer«, Hamburg 1732, S. 112, mittheilt. Das zweite, ein gegenwärtig in Danzig und Polen übliches Formular für die Getreideschiffahrt auf der Weichsel. Das dritte, ein jetzt in Bremen gebrauchtes Formular für Segelschiffe.

[2] Z. B. in den englischen, wo es von den aufgezählten Gütern heisst: »and are to delivered in the like good order and condition at the port of — (the act of God — excepted) unto — or to —«.

sprechens an die blosse Aufnahme der Reiseeffekten und Waaren knüpfte. Wie natürlich auch indessen diese letztere Auffassung des Edikts in seinem Verhältniss zu den älteren Satzungen bei dem Entwicklungsgange des römischen Rechts und angesichts ganz unzweifelhafter ähnlicher Vorgänge[1] erscheint, so stehen doch der erstgedachten überwiegende Gründe zur Seite. Denn nicht allein knüpft das Edikt geradezu an die Formel salvum fore recipere an, sondern wir vermögen auch in den dürftigen Resten der interpretirenden Jurisprudenz den weiteren Entwicklungsgang zu übersehen. Mag die ursprüngliche Verkehrssitte allmälig verschwunden oder lästig geworden sein, man gewöhnte sich daran, die Mehrdeutigkeit des Wortes benutzend, das recipere von dem blossen thatsächlichen, ganz formlosen (l. 1 § 3 h. t. vgl. mit §§ 6, 8) Akt der Aufnahme durch die dazu legitimirten Personen (l. 3 §§ 2, 3, 5 h. t.) und das Garantieversprechen als stillschweigend darin begriffen zu verstehen[2]. Es war dies um so natürlicher, als ja die thatsächliche Aufnahme sich eben auch früher von selbst verstand. So wird in der Interpretation des Ulpian zum Edikt:

> l. 1 § 6 h. t.: Ait Praetor: quod cujus salvum fore receperint, hoc est, quamcunque rem sive mercem receperint,

das hoc est nicht als Erläuterung des quod, sondern des ganzen vorausgehenden Satzes zu verstehen sein, ganz entsprechend:

> l. 1 § 8 h. t.: Recipit autem salvum fore, utrum si in navem res missae ei assignatae sunt, an, etsi non sint assignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videantur,

[1] Vgl. meine Abhandlung über den Kauf auf Probe, in der Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht I S. 88, 103. Die Gegenbemerkungen Fitting's (Zeitschrift II S. 203) substituiren, meines Erachtens, mit Unrecht der blossen Verkehrssitte das Gewohnheitsrecht. Dann wäre die ganze Entwicklung unverständlich. Davon ein andermal.

[2] Wollte man, was oben als möglich bezeichnet wurde, schon in der Formel salvum fore recipere das recipere als thatsächliches Aufnehmen verstehen, so hätte nun die Entwicklung zwar auch in der Subintelligirung des salvum fore, aber nicht zugleich in einer Aenderung der mit dem Wort recipere verbundenen Bedeutung bestanden.

wo offenbar der ganz formlose Akt der Annahme[1] dem wahren eigentlichen recipere gleichgestellt wird.

Daher nun schlechthin von res recipere, personam recipere gesprochen l. 3 pr. l. 1 § 1 h. t., auch das technische recipere durch suscipere ersetzt wird l. 3 § 7 h. t., wie das salvum fore recipere durch das allgemeinere custodiam recipere l. 1 § ult. h. t. So spricht denn auch Paulus R. S. II 6 § 1, falls nicht die westgothischen Kompilatoren die Stelle verändert haben, nicht mehr von salva fore recipere, sondern nur ob ea, quae salva receperit (in gutem Zustande empfangen), obligatur. Und die Rubrik unseres Titels lautet denn auch nur: Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant.

Eine Bestätigung der bisherigen Entwicklung dürfte das receptum arbitrii darbieten, auf dessen höchst merkwürdige Parallele mit unserem Institut schon oben hingewiesen worden ist, namentlich S. 420 Note 1. Auch hier war für den arbiter wahrscheinlich die Formel recipio technisch, bis später jede auch formlose dahin gerichtete Uebereinkunft genügte.

Ulpian libro XIII ad Ed.

l. 3 § 2 de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant (4, 8): Ait Praetor: Qui arbitrium pecunia compromissa receperit.

l. 13 § 2 eod.: Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui judicis partis suscepit, finemque se sua controversiis impositurum pollicetur.

So findet sich auch hier neben dem regelmässigen recipere (l. 3 § 1. l. 7 § 1. l. 9 § 2. l. 17 § 2. l. 19 § 1. l. 21 §§ 5, 9 D. h. t.) mitunter der Ausdruck suscipere (l. 3 § 3. l. 4. l. 16 pr. l. 32 § 4 h. t. l. 6 C. eod. 2, 55). Und der Kodextitel 2, 55 (56) hat die Ueberschrift de receptis arbitris.

Hat sich in dieser Weise die gesetzliche[2] Garantiepflicht

---

[1] Denn dass die, wenigstens stillschweigende, Annahme durch wissentliches Einbringenlassen erforderlich sei, ergibt sich unzweideutig aus den Erörterungen über die Befugniss der Schiffsleute zur Reception. l 1 §§ 2, 3 h. t. Vgl. oben S. 410 Note 1.

[2] Daher kann, wie § 1 bemerkt worden ist, im heutigen Recht das receptum nicht zu den Verträgen gestellt werden, sondern nur zu den gesetzlichen (prätorischen) Obligationsverhältnissen. Man wollte denn, mit vielen Aelteren und Neueren, z. B. Peckius und Vinnius in tit. D. et C. ad rem

der klassischen Zeit aus einem ursprünglich ausdrücklichen Garantieversprechen herausgebildet, so liegt es nahe, dasselbe mit einigen anderen, den gleichen Zweck verfolgenden Instituten zusammenzustellen, ich meine mit der Uebernahme der Gefahr und der custodia. Diese Betrachtung wird dazu dienen, den im § 6 aufgestellten zweiten Satz sicher zu begrenzen.

VI. Von der Uebernahme der Gefahr und der custodia.

§ 8.

I. Ausgeschlossen von der folgenden Betrachtung bleiben diejenigen Fälle, wo der Inhalt der Gefahrsübernahme in der Garantie gegen die Insolvenz eines Dritten, in einer Kreditversicherung besteht, wie bei Bürgen, Municipalmagistraten, Deleganten u. s. f. Ebenso die umfassende Kaution his rebus recte praestari (l. 71 § 1 de V. S. [50, 16]. l. 21 § 2 de aedil. ed. [21, 1]).

Für die auf Sachleistung gerichteten Geschäfte wird die Gefahrsübernahme als allgemein zulässig anerkannt in l. 23 de R. J. (50, 17): sed hoc ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus, nam hoc servabitur, quod initio convenit, und bei einer grossen Zahl derselben in verschiedenen Abstufungen erwähnt.

So beim Depositum bald als blosse Uebernahme der culpa, bald der culpa et periculum, omne periculum[1]. Beim Kommodat[2]. Beim Pfandvertrag[3]. Beim Darlehen durch den Gläubiger im Falle des foenus nauticum und quasi-

---

nauticam pertinentes commentarii h. t.; Noodt, Comment. in Dig. h. t.; Glück VI S. 106, 112, 121 ff.; Wolters, a. a. O. S. 2, 3, 6 ff., die ganz ungegründete Behauptung aufstellen, dass schon der öffentliche Gewerbsbetrieb eine solche Garantieübernahme enthalte. Daneben tritt denn auch wieder der richtige Gedanke zu Tage, dass die Aufnahme selbst die Gatantieübernahme in sich schliesse, allein Grund und historischer Zusammenhang bleibt ungeahnt.

[1] § 2 J. vi bonor. rapt. (4, 2). l. 2 §§ 23, 24 D. eod. (47, 8). l. 39 mand. (17, 1). l. 1 § 35 depos. (16, 3). l. 5 § 2 comm. (13, 6). l. 19 pr. de hered. pet. (5, 3). l. 7 § 15 de pact. (2, 14). l. 9 § 1 de duob. reis (45, 2).

[2] l. 21 § 1 commod. l. 1 C. eod. (4, 23).

[3] l. 6 C. de pign. act. (4, 24).

nauticum[1]. Bei der Dos[2]. Beim Kauf, und zwar beim bedingten durch den Käufer[3], beim perfekten durch den Verkäufer, als Uebernahme der Gefahr für vis ac tempestas, oder für Verschlechterung[4]. Auch werden Fälle von Lieferungsverträgen erwähnt, in welchen der Staat die See- und Kriegsgefahren übernahm[5]. Bei der Conductio, rei wie operis[6]. Beim Mandat[7].

Sehen wir ab von den wenigen Fällen, wo diese Erweiterung der Haftung vertragsmässig genau begrenzt oder doch ersichtlich nur gegen gewisse Zufälle einer Garantie übernommen ist, z. B. gegen das Zerbrechen des zu fassenden Steines in l. 13 § 5 locati, so tritt uns überall das Resultat entgegen, dass die ausdrückliche Uebernahme der Gefahr schlechthin die Haftung für den Zufall, und zwar für jede Art desselben nach sich zieht, ohne alle Unterscheidung der gewöhnlichen und der ungewöhnlichen Unglücksfälle[8].

Eine stillschweigende Uebernahme aller Gefahr liegt regelmässig in der aestimatio des zu restituirenden Gegenstandes[9] — mit Ausscheidung der beiden Ausnahmefälle, dass die aestimatio den einzigen Gegenstand der obligatio bildet, und dass die aestimatio nur eine vertragsmässige Feststellung des nach der Natur des Verhältnisses zu vertretenden verschuldeten Schadens enthält[10].

---

[1] Vgl. meine Untersuchungen zur l. 122 § 1 de V. O. S. 6—9, 21, 22. Ueber foenus quasi nauticum: l. 5 pr. de naut. foen. (22, 2), vgl. mit l. 23 § 2 q. m. c. (4, 2).

[2] l. 6 de pact. dotal. (23, 4).

[3] l. 10 pr. de P. et C. (18, 6).

[4] l. 78 § 3 de C. E. (18, 1). l. 1 pr. de P. et C. (18, 6). Dazu die Zeitschrift für Handelsr. I S. 76 ff., 86, 89, 105.

[5] Vgl. Sueton Claudius c. 18. Liv. 23, 49. 25, 2. Vgl. Cicero ep. ad fam. II, 17. Dazu Pardessus, Collect. I p. 72 ff.

[6] Rei: l. 9 § 2 locati (19, 2); vgl. l. 8 C. h. t. (4, 65), beschränkt l. 30 § 4 locati. Operis: l. 13 § 5 eod.

[7] l. 39 mandati (17, 1). l. 22 C. de neg. gestis (2, 18 [19]).

[8] Vgl. Glück IV § 327; Schömann, Die Lehre vom Schadensersatz II S. 68; Koch, Das Recht der Forderungen I S. 190, 202, 203 [2. Aufl. S. 200, 212, 213]; v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik III S. 256 [3. Aufl. S. 290]; Unterholzner, Schuldverhältnisse I § 138; Mommsen, Beiträge I S. 273 ff.

[9] Gajus III 146. l. 10 § 6 de jure dot. (23, 3). l. 5 § 3 comm. (13, 6). l. 54 § 2 locati (19, 2).

[10] Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht S. 9 ff.

II. Weniger einstimmig ist die Theorie hinsichtlich der praktischen Bedeutung einer Uebernahme der custodia. Viele sehen darin eine unbedingte Uebernahme jedes casus [1], Andere wenigstens in Betreff des Diebstahls, wie der Sklavenflucht, und der Beschädigungen [2], wieder Andere nehmen dasselbe doch hinsichtlich des Diebstahls an [3], während Hasse geneigt ist [4], überhaupt eine juristische Erhöhung der obligatio in Abrede zu stellen.

Dass die Uebernahme der custodia durch einen ohnehin zur custodia verpflichteten Schuldner eine Verstärkung der gesetzlichen Haftung zu begründen vermag, deutet Gaius in l. 35 § 4 de C. E. (18, 1) an:

> Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat; si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet —.

Ausdrücklich ausgesprochen ist dieser Satz in einer Reihe von Pandektenfragmenten und Reskripten, welche sämmtlich von einer wichtigen Art der locatio, der entgeltlichen Aufbewahrung in Magazinen (horrea) [5], handelt.

Bei den Missverständnissen, welche sich durchgängig an einzelne derselben, ausser Zusammenhang mit den übrigen betrachteten, geknüpft haben — wie denn sogar Hasse bezweifelt, dass sie auf unsere Frage bezüglich seien —, erscheint ihre vollständige Mittheilung zweckmässig.

Paulus libro II Sententiarum in l. 55 D. locati.

---

[1] Schömann, Handbuch des Civilrechts I S. 290 ff., II S. 276 ff.; Gensler im Archiv f. civil. Praxis I S. 416 ff., 476 ff.; Mühlenbruch, Pandekten § 365 Note 13; Unterholzner, Schuldverhältnisse I § 138 Note b als Regel; Thöl, Handelsrecht 3. Aufl. § 77 Note 5 (?) [6. Aufl. § 268 Not. 6]; dagegen v. Löhr, Beiträge zur Theorie der Culpa S. 199, 200; Mommsen, Beiträge I S. 275.

[2] Braun, Erörterungen zu Thibaut S. 252, 253, 278; v. Vangerow, Pandekten [7. Aufl.] I § 105.

[3] Puchta, Pandekten und Vorlesungen [12. Aufl.] § 266; Schilling, Institutionen III § 234 Note r.

[4] Die Culpa § 98. Klar spricht er sich darüber nicht aus.

[5] Ueber diese vgl. Brissonius, Selectae antiquit. lib. IV c. § 18; Muther, Sequestration und Arrest, Beilage I.

Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit; servi tamen ejus cum quo contractum est, propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt.

Labeo, Posteriorum libro V a Javoleno epitomatorum in l. 60 § 9 eod.

Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi in locando aliter convenit.

L. 60 § 6 eod.

Locator horrei propositum habuit, se aurum, argentum, margaritam non recipere suo periculo; deinde, quum sciret, has res inferri, passus est; proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit remissum; videtur.

L. 1 C. de locato (4, 65) = Collatio X 9.

	Paulus libro Responsorum quinto sub titulo ex locato et conducto:
Imp. Antoninus A. Agrippino. Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horreis, perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet. P. P. prid. Non. Jan. Antonino A. IV et Balbino Conss. [213].	§ 1. Imp. Antoninus Julio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturae latronum praestare non cogitur. His cessantibus, si quid ex (de)positis rebus, inlaesis extrinsecus horreis, periit, damnum depositorum sarciri debet. Prop. IV Non. Nov. Antonino A. IV. (et Balbino) Conss.
	Paulus respondit satis propositam constitutionem declarare, his qui horrea locant, majorem vim imputari non posse.

L. 4 C. de locato (4, 65).

Imp. Alexander A. Arrio Sabino. Et Divi Antonini Pii literis certa forma est, ut domini horreorum effractorum ejusmodi querelas deferentibus custodes

exhibere necesse habeant, nec ultra periculo subjecti sint. Quod vos quoque adito praeside provinciae impetrabitis. Qui si majorem animadversionem exigere rem deprehenderit, ad Domitium Ulpianum, praefectum praetorio et parentem meum, reos remittere curabit. Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, idem exhibere debent. P. P. Cal. Decemb. Alexandro A. Cons. [222].

Paulus in l. 3 § 2 de off. praef. vigil. (1, 15).

Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt; quum vel cella effringitur, vel amarium, vel arca, et custodes plerumque puniuntur, ut Divus Antoninus Erycio Claro rescripsit. Ait enim, posse eum horreis effractis quaestionem habere de servis custodibus, licet in illis ipsius Imperatoris portio esset.

Aus diesen Stellen ergibt sich zunächst, gegen die gewöhnliche Annahme, dass unter dominus horrei, locator horrei und horrearius regelmässig dieselbe Person verstanden wird, nämlich der Eigenthümer des Magazins, welcher Waaren zur entgeltlichen Aufbewahrung in demselben übernimmt. Ausnahmsweise ist der dominus und locator horrei nicht zugleich horrearius[1], indem er das Magazin im Ganzen an Jemanden vermiethet, der nun den einzelnen Inferenten als horrearius gegenübertritt.

Wo nun der dominus horrei zugleich horrearius ist, haftet er für custodia, also gegen einfachen Diebstahl, nicht aber gegen gewaltsamen Einbruch und Plünderung: quia custodia adversus vim parum proficit (l. 31 pr. de A. E. V. 19, 1), nur muss er die Wächter zur peinlichen Frage exhibiren. Hat er indessen die custodia noch überdies ausdrücklich übernommen, so steht er auch für Einbruch und Plünderung ein, ohne übrigens — das will l. 4 cit. C de locato a. E. sagen — der im Interesse der Strafrechtspflege gebotenen Exhibition der Wächter überhoben zu sein.

Wenn aber ausnahmsweise der Eigenthümer des Magazins

[1] So vielleicht l. 56 locati. Gewiss l. 21 § 1 qui potiores (20, 4).

nicht zugleich horrearius ist, so hat er selbstverständlich ebensowenig dem horrearius (dem conductor totius horrei) als denen, welche mit dem letzteren kontrahirt haben, custodiam zu leisten, es sei denn das Gegentheil ausgemacht.

Das Hauptgewicht hat man von jeher auf den berüchtigten § 3 J. de emtione et venditione (3, 23) gelegt:

> Quum autem emptio et venditio contracta sit — periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tamenetsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae, vel aliqua ex parte incendio consumptae fuerint — emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere, quidquid enim sine dolo et culpa venditoris acciderit, in eo venditor securus est. — Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus vel culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit: sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emtori, quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem est etiam de furti et de damni injuriae actione.

So viel geht klar hervor, dass nach der Ansicht Tribonians die besondere Uebernahme der custodia eine Verstärkung der Haftung bewirken soll, und in diesem allgemeinen Sinne ist auch der Satz idem et in ceteris rebus von uns zu verstehen. Dass Tribonian mit demselben mehr hat sagen wollen, und zwar etwas Unrichtiges, nämlich, dass Sklaven und andere Objekte hinsichtlich der Verpflichtung zur custodia einander gleichständen, kann freilich weder nach dem Wortlaut, noch nach dem Zeugniss des Theophilus irgend zweifelhaft sein[1].

---

[1] Vgl. auch v. Savigny, System I S. 285 Note d; Mommsen, Beiträge I S. 131 Note 13. Wenn Hasse § 98 einwendet, dass keine eigent-

Eine Verstärkung der Haftverbindlichkeit für den besprochenen Fall führt unsere Stelle an, indem, was sonst regelmässig casus, d. h. unvertretbar wäre, nämlich fuga und subreptio servi nun vertreten werden soll wegen der Uebernahme der custodia. Von diesem sonst nicht vertretbaren Ereigniss, is casus, spricht Tribonian, keineswegs von jedem möglichen Zufall, wie Gensler, a. a. O. S. 477 will, auch wohl schwerlich von einem damnum injuria datum, welches Hasse herbeizieht. Denn der Schlusssatz will nur sagen: In allen Fällen, wo der Verkäufer nicht für furtum haftet, ist er wenigstens zur Abtretung aller Rechte und Vortheile verbunden, wie er denn insbesondere auch zur Cession der ihm als Eigenthümer zustehenden actio legis Aquiliae verpflichtet ist, weil er für Beschädigungen durch Dritte überhaupt nicht einzustehen pflegt. Will man indessen dem Schlusssatz in Verbindung mit dem idem et in ceteris rebus noch eine bestimmtere Bedeutung geben, so würde daraus nur folgen, dass bei Uebernahme der custodia eine verstärkte Haftung sowohl hinsichtlich des Diebstahls wie der Beschädigung eintritt. —

Hiernach dürften aus den vorliegenden Quellenzeugnissen sich folgende einfache Sätze gewinnen lassen:

1. Ueber den wahren Inhalt einer vertragsmässigen Uebernahme der custodia entscheidet zunächst der erkennbare Wille der Kontrahenten.

2. Ist dieser nicht zu ermitteln, so muss unterschieden werden:

a) Es ist gesetzlich keine custodia zu prästiren. Hier hat die vertragsmässige Uebernahme derselben die gleiche, aber auch keine höhere Verantwortlichkeit zur Folge, als in anderen Fällen das Gesetz auferlegt: nämlich Obhut gegen Entwendung ohne Anwendung von Gewalt.

b) Es ist gesetzlich für custodia einzustehen. Die obendrein vertragsmässig erfolgte Uebernahme der custodia hat hier entweder gar keinen Sinn, ist ein bedeutungsloser Zusatz — was nach allgemeinen Auslegungsregeln im Zweifel nicht angenommen werden darf; — oder sie führt zu einer

---

liche Verschiedenheit der Rechtssätze, sondern nur eine faktische Verschiedenheit der custodia hinsichtlich der Sklaven und anderer Objekte galt, so ist doch nicht zu verkennen, dass sich an diese faktische Verschiedenheit im Resultat eine Verschiedenheit der rechtlichen Haftung anschloss.

Erhöhung der gesetzlichen Verpflichtung, zu einer Haftung auch für solche Ereignisse, welche an sich nicht imputabel, als casus zu betrachten wären, sich dennoch aber durch Aufwendung ausserordentlicher Sorgfalt abwenden lassen. Diese wird hier ausnahmsweise zur Pflicht gemacht. Natürlich lassen sich keine Regeln für alle Fälle geben, das richterliche Ermessen hat überall die Totalität des vorliegenden Verhältnisses ins Auge zu fassen, unter steter Rücksicht darauf, dass zwar Obhut, aber auch nichts mehr versprochen worden ist. So wird denn allerdings in solchen Fällen gegen gewaltsamen Diebstahl, mitunter auch wohl gegen Beschädigungen durch Dritte, eingestanden werden müssen, weil und sofern durch besondere Vorsichtsmaassregeln dem vorgebeugt werden kann; schwerlich aber gegen Plünderung durch ganze Räuberbanden, feindliche Heerschaaren, keinenfalls gegen in concreto unvermeidliche Naturereignisse. Die vertragsmässige Verpflichtung zur Obhut involvirt die Anwendung aller auch aussergewöhnlichen Maassregeln, welche unter den vorliegenden Umständen geeignet und erforderlich erscheinen, um Verletzungen und Entwendungen des zu behütenden Guts vorzubeugen; mehr indessen kann auch hier nicht verlangt werden. —

VII. Resultate.

§ 9.

In Anwendung auf unser Institut scheint Folgendes gewonnen.

Der ursprüngliche Garantievertrag des Schiffers oder Wirths, aus welchem später dessen gesetzliche Haftung hervorging, stellt sich durchaus nicht als Uebernahme zufälliger Gefahr (periculum casus) dar, sondern lediglich als Uebernahme der custodia, und wird in diesem Sinne in den Quellen selbst aufgefasst: l. 1 § 8 h. t.: recipere custodiam, l. 5 pr. h. t.: custodiae nomine tenetur, l. un. § 4 furti adv. nautas: recipiendo periculum custodiae subit. Vgl. § 4, insbesondere auch S. 419 Note 1.

Gehen wir nun von dem regelmässig[1] vorliegenden civilen

[1] Uebrigens kommt es schwerlich in Betracht, dass unter Umständen nur depositum oder locatio conductio rei vorliegt. Denn es hat im Edikt hinsicht-

Rechtsverhältniss einer locatio conductio operis aus, so ist hier die Haftung für custodia schon gesetzlich begründet, daher die weitere Garantieerklärung jene Verpflichtung zur Obhut in dem soeben entwickelten Sinne verschärft und manche sonst als casus betrachtete Ereignisse in den Kreis der Verantwortlichkeit hineinzieht. Ist auch das Edikt älter als jene dargestellte, durchaus der klassischen Jurisprudenz angehörige Theorie über das pactum custodiae, und war damals der ausdrückliche Garantievertrag auch schon antiquirt, so dass etwa eine direkte Uebertragung jener Theorie auf unser Institut ausgeschlossen erscheint, so lässt sich doch mit aller Sicherheit annehmen, dass die klassischen Juristen den Recipienten nicht in geringerem Grade haben haften lassen als den conductor operis bei übernommener custodia, da sie einerseits die singuläre Strenge des Instituts wiederholentlich hervorheben, andererseits sich bemühen, wie die oben angegebenen Ausdrücke erweisen, dasselbe möglichst in den Rahmen des Rechtssystems einzupassen. Und es war das für sie um so eher möglich, als die Vorschrift des Edikts entweder absolut und unbedingt zu verstehen war — wogegen sich der juristische Sinn schon eines Labeo empörte l. 3 § 1 h. t.[1] — oder aber, wenn man einmal die unbedingte Restitutionspflicht fallen liess, nur die Jurisprudenz eine Grenze der Verpflichtung ziehen konnte.

Wenn also ein Schiffer in unbekannter Gegend oder an einem Orte, wo notorisch viel gefährliches Gesindel sich umhertreibt, ohne Noth anlegt oder doch nicht für besonders starke Bewachung seines Fahrzeuges sorgt, so sind auch gewaltsame Diebstähle von ihm zu vertreten. Wenn ein Wirth an der Landstrasse oder gar im Walde keine Vorkehrungen getroffen hat, um nöthigen Falls dem Anfalle weniger Räuber widerstehen zu können, so werden ihm die dabei sich ereignenden Beschädigungen und Entwendungen allerdings zugerechnet werden können. Wenn ein Stall, ein Magazin, in welchem Pferde oder Reisegepäck untergebracht werden, nur mit Stroh

lich der Haftung des Recipienten zwischen diesen verschiedenen Rechtsverhältnissen kein Unterschied gemacht werden sollen, und der Hauptfall, an welchen sich die übrigen anschliessen, ist der des nauta.

[1] Vgl. oben zu S. 420 Note 1, namentlich die ganz ähnlichen Vorgänge beim receptum arbitrii.

gedeckt ist, und um deswillen von einem in der Nachbarschaft ausbrechenden Feuer ergriffen wird, während die übrigen mit Ziegeln oder Asphalt gedeckten Gebäude unversehrt bleiben, so ist auch das zu vertreten. Dagegen kann auch hier verständiger Weise nicht verlangt werden, dass der Wirth in einer belebten Strasse, der Schiffer, welcher neben der Hafenwache vor Anker liegt, besondere Wachen gegen Einbruch und Raub aufstelle; dass er gar, was wirklich behauptet worden ist, den Reisenden gegen Diebstähle und Beschädigungen durch dessen eigene Leute vertrete! Hier gilt das sibi imputaturus quod talem elegit[1]. Ebensowenig begründet ist die unbedingte Verantwortlichkeit für einfachen Diebstahl oder für Feuer im Gasthause oder Schiffe selbst. Wie z. B., wenn bei einer Strandung die Berger stehlen? wenn sich gehörig verpackte Stoffe entzünden, deren gefährliche Beschaffenheit und Neigung zur Selbstentzündung bis dahin durchaus unbekannt war, oder welche unrichtig deklarirt waren, wie z. B. Wolle, Schiesspulver, Chemikalien? wenn im Wirthshause die Gasröhren platzen? wenn der Dritte, welcher einen Gast besucht, in irgend einem abgelegenen Winkel des Hauses seine noch glimmende Cigarre abgeworfen oder mit einem schnellzündenden Stoffe absichtlich Feuer angelegt hat?

Der zweite Satz des § 6 bestimmt sich sonach dahin: Weder findet unbedingte Haftung für damnum und furtum statt, soweit solche nicht von den Dienstleuten und Passagieren ausgehen, noch auch nur die gewöhnliche, sondern eine in beiden

[1] Durchaus nicht für eine solche exorbitante Haftung spricht die mehrfach angezogene l. 6 § 1 h. t. Dort wird allerdings die Pönalklage gegen den Schiffer gestattet, dessen Schiffsmann das Delikt verübt hat, wenngleich dieser Schiffsmann ein eigener Sklave des Beschädigten ist. Aber nur aus dem Grunde, weil die Pönalklage unbedingt für alle Fälle der Delikte der Mannschaft gegeben ist. Diese logische Konsequenz erscheint auch nicht unbillig, weil der Sklave des Befrachters als Schiffsmann der Botmässigkeit und Aufsicht seines Herrn entzogen ist, und ihre etwaige Härte wird gemildert durch die ausdrücklich hervorgehobene Möglichkeit des Regresses, welchen der Schiffer gegen den Herrn entweder mit der Noxalklage oder aus dem etwa vorliegenden Kontraktsverhältniss nehmen darf. Vgl. auch l. un. § 5 furti adv. nautas. Uebrigens kommen sogar Erweiterungen dieses Edikts vor l. 7 § 3 h. t., und die Deliktsklage wird zwar nicht de peculio, aber doch quod jussu gegeben. l. 7 § ult. h. t.

Beziehungen verstärkte, deren Umfang, unter Berücksichtigung des Grundgedankens unseres Instituts und der bezweckten strengen Haftung, der Richter im einzelnen Falle nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen hat. Nur was darüber hinausliegt, ist nicht vertretbarer Zufall: vis major, damnum fatale im Sinne unserer Lehre.

VIII. Prozessualisches. Der Beweis.

§ 10.

I. Der Schiffer hat die Ladung in unversehrtem Zustande abzuliefern. Ihn trifft die Beweislast, dass er durch ein, nach den Regeln unseres Instituts nicht vertretbares Ereigniss dazu ausser Stand gesetzt sei. Vgl. oben zu S. 421 Note 1.

Aus der Zahl der nicht vertretbaren Ereignisse scheiden schlechthin aus[1] sowohl seine eigenen und seiner Leute Handlungen und Unterlassungen, wie die beschädigenden Handlungen der Passagiere.

Dagegen erscheinen als nicht vertretbar:

1. Naturereignisse und Handlungen anderer als der genannten Personen, welche, ungeachtet aller irgend möglichen und durch die Umstände gebotenen Vorsicht, weder abzuwenden, noch abzuwehren, noch in ihren schädlichen Folgen vermeidlich waren. Vgl. oben S. 426 Note 1, 2. Dabei genügt nicht die nackte Erweisung der zur Entschuldigung aufgestellten Thatsachen, sondern es müssen auch die Umstände dargelegt werden, unter denen sie sich ereignet haben, um dem Richter die Möglichkeit einer Ueberzeugung hinsichtlich der Entschuldbarkeit zu gewähren[2]. Die Natur des fraglichen Vorganges ist, wie oben S. 427 Note 1 angedeutet wurde, hierbei nicht ohne Einfluss. Denn, wenn Ereignisse dieser Art in der Regel unabwendbar und unvermeidlich sind, so wird allerdings der Gegner replicando erweisen müssen, dass im vorliegenden Falle dennoch nur Verabsäumung möglicher Sorgfalt den Schaden bewirkt hat[3].

[1] Vgl. jetzt auch Koch, Eisenbahnen II S. 420.

[2] Einverstanden damit Koch, a. a. O. S. 420.

[3] L. 3 § 1 h. t. Vgl. Mommsen, Beiträge I S. 236; Koch, a. a. O. S. 276 ff., 420; Pardessus, Cours de droit commercial Nr. 542; Alauzet,

2. Ereignisse, welche lediglich auf eigene Schuld des Reisenden oder Befrachters zurückzuführen sind, z. B. auf schlechte Verpackung der Waare, nach der allgemeinen Regel der l. 203 de R. J. (50, 17): Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire[1].

3. Innerer, auch bei gehöriger Vorsicht nicht abwendbarer Verderb oder natürlicher Abgang der Waare[2].

Dass übrigens der dem Schiffer obliegende Beweis nur nach den Grundsätzen der l. 26 C. de naufr. (11, 5) durch Verklarung erbracht werden könne, wie Pardessus, Coll. I

Commentaire du Code de commerce Nr. 468; Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck (bei Thöl, Entscheidungsgründe Nr. 211; Seuffert's Archiv IV Nr. 100, VII Nr. 31, XI Nr. 84; Zeitschrift für Handelsrecht I S. 573 ff.); Dresden (Seuffert's Archiv I Nr. 338, II Nr. 49, VII Nr. 225, VIII Nr. 48); Dekrete des bremischen Handelsgerichts vom 19. Mai 1855 und 6. April 1854 (Schletter's Jahrbücher II S. 328); Sammlung einiger nürnbergischen Handelsrechtsgewohnheiten, Nürnberg 1846, S. 34—38 passim.

[1] L. 11 § 12. l. 45 § 1 de A. E. V. (19, 1). l. 23 § 8 de aedil. ed. (21, 1). l. 29 § 1. l. 55 pr. l. 56 §§ 1, 3. l. 66 pr. de evict. (21, 2). l. 62 (61) §§ 5, 7 de furtis (47, 2). Consolato del mare c. 21 (Pardessus, Collection II); Hamburger Statut von 1603 II, 14 Art. 34; A.L.R. I, 6 §§ 18 ff., II, 8 §§ 447, 451; holländ. Handelsgesetzbuch Art. 345; vgl. die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Dresden (Seuffert's Archiv II Nr. 49, VII Nr. 225, VIII Nr. 48), Stuttgart (eod. VII Nr. 40, III Nr. 166), Lübeck (eod. IV Nr. 114). Andere Urtheile bei Koch, Eisenbahnen, Anlageheft S. 231 ff., 254 ff., 305 ff.; Mittermaier, Deutsches Privatrecht II § 540; Beseler, Deutsches Privatrecht III S. 355 [4. Aufl. II S. 1102]; Pardessus, Cours de droit commercial Nr. 545; Alauzet, a. a. O.; Vincens, Exposition raisonnée t. I p. 623; v. Kaltenborn, Grundsätze des praktischen europäischen Seerechts I S. 340 ff., 373 ff.; Koch, Eisenbahnen II S. 23, 133, 288 ff., 421; Beschorner, Das deutsche Eisenbahnrecht S. 244.

[2] L. 13 § 5. l. 33. l. 62; vgl. mit l. 15 § 2 locati (19, 2). l. 14 § 1 depositi (16, 3). l. 27 § 29 ad leg. Aquil. (9, 2). l. 24 §§ 2, 3 de damno inf. (39, 2). Consolato del mare c. 224; A.L.R. II, 8 §§ 1734, 1886; Code de commerce art. 103, 310; holländisches Handelsgesetzbuch Art. 345; spanisches Handelsgesetzbuch Art. 208; portugisisches Handelsgesetzbuch Art. 178; brasilianisches Handelsgesetzbuch Art. 102; Oberappellationsgericht zu Lübeck (Seuffert's Archiv IV Nr. 114, VII Nr. 310); bremisches Handelsgericht (Schletter's Jahrb. II S. 328); hamburgisches Handelsgericht (Ullrich, Sammlung von seerechtlichen Erkenntnissen des Handelsgerichts zu Hamburg, 1. Heft, S. 68, 143); Obertribunal zu Berlin (Striethorst's Archiv XXXII S. 344 ff.); Mittermaier, a. a. O.; Beseler, a. a. O.; v. Kaltenborn, a. a. O.; Heyse, Handelsrecht S. 371; Koch, Eisenbahnen II S. 184 ff., 228 ff., 254 ff.

S. 87 Note 7 behauptet, ist nicht einmal nach den Grundsätzen des heutigen Seerechts begründet, wenngleich die Verklarung regelmässig genügt und von den Interessenten verlangt werden kann[1].

Schliesslich mag noch bemerkt werden, was selbst v. Savigny bei seiner Aufzählung der actiones arbitrariae (System V § 223) übersieht, dass die actio in factum de recepto eine actio arbitraria war. Dies ergibt nicht allein nicht die Formel des Edikts »nisi restituent«, sondern bestärkt auch die Analogie der verwandten actiones depositi und locati. Daher hier die Feststellung des klägerischen Interesses durch Würdigungseid schlechthin zulässig ist[2].

II. Die heutige Anwendbarkeit der prätorischen Strafklagen ist im § 2 erörtert worden. Sie sind gegen die Erben nur bis auf den Betrag der Erbschaft zulässig und erfordern den Nachweis des Klägers, dass Dienstleute des Schiffers oder Wirths oder beständige Bewohner des Gasthauses die Urheber des darzulegenden Verlustes oder Schadens sind, und dass das Delikt an den im Raum des Schiffes, Wirthshauses, Stalles befindlichen Personen oder Sachen begangen ist.

IX. Ausschliessung und Beschränkung der Haftung.

§ 11.

Es ist neuerdings, namentlich in der Praxis der rheinischen und französischen Gerichte, den Regeln des receptum und den auf der Theorie des receptum beruhenden Normen neuerer Gesetzbücher ein absoluter Charakter beigemessen worden, dergestalt, dass jede Ausschliessung oder Beschränkung dieser Haftung unzulässig sein solle[3]. Von entgegengesetzter

---

[1] Vgl. v. Kaltenborn I S. 172 ff., II S. 229 ff.

[2] v. Vangerow, Pandekten I § 171 [7. Aufl. ebd.]; Wetzell, System des Civilprozesses [3. Aufl.] § 28; Mommsen, Beiträge II S. 259 ff., ausdrücklich schon im Edict. Theodorici cap. 119 (vgl. oben S. 420 Note 3).

[3] Vgl. Gilbert zu Code civil 1783 ff. not. 7, 8, 16; zu Code de commerce 103. not. 1, 2, 3, 6. Die französischen Schriftsteller unterscheiden indessen mitunter zwischen gewöhnlichen Frachtfahrern und den monopolisirten

Seite hat man sich, wie auf die allgemeinen Regeln des Civilrechts, so insbesondere auf l. 7 pr. nautae berufen. Es schweben sodann Streitfragen über die Art der Ausschliessung, ob einseitige Protestation des Rezipienten, und zwar nothwendig vor oder auch nach der Rezeption, genüge, oder ob ausdrückliche Uebereinkunft erforderlich sei[1], — Fragen von grossem, praktischem Gewicht, namentlich für den Landtransport, welchen man ja häufig den Normen des receptum unterstellt, und für das Verhältniss des Wirths zu den Gästen, von geringerem für den Schiffstransport, weil hier eine konstante Praxis vorliegt, und die übliche Zeichnung und Annahme des Konnossements Existenz und Inhalt einer vertragsmässigen Uebereinkunft regelmässig ausser Zweifel stellt.

Transportanstalten, indem sie bei ersteren wenigstens einen ausdrücklichen Vertrag gelten lassen. Vgl. Hutteau, Traité du contrat de louage des voituriers (Paris 1806, im Anhang zu Pothier, Traité du contrat de louage) p. 407, 408; Pardessus, Cours de droit commercial nr. 542, 553; Alauzet, Commentaire du Code de commerce nr. 464, 467; Clamageran, Du louage d'industrie, du mandat et de la commission. Paris 1856 nr. 220, 223, 224; Massé und Vergé, Le droit civil français par K. S. Zachariae, traduit, annoté etc. t. IV. § 709 not. 10, 11, 16. Unter den deutschen Schriftstellern nur Beschorner, Das deutsche Eisenbahnr. S. 240 ff., 261 ff., und im Arch. f. civil. Praxis Bd. 41 S. 398 ff.; Voigt in der Deutschen Vierteljahrsschrift 1859 Nr. 85. Dagegen meine Bemerkungen im Archiv f. civil. Praxis Bd. 41 S. 406 ff. (Urtheile deutscher Gerichte S. 410 Note 6); Bessel und Kühlwetter, Das preussische Eisenbahnrecht II S. 211 ff., und namentlich Koch, Eisenbahnen II §§ 7, 9, 11, 13, 15, und das Anlage XXVI S. 307 ff. mitgetheilte Urtheil des Obertribunals zu Berlin v. 6. Juli 1858; Brinckmann-Endemann, Lehrbuch des Handelsrechts § 114 Note 18, § 117 Note 8—10. Ueber die häufigen Klauseln der Konnossemente: v. Kaltenborn, Grundsätze des praktischen europäischen Seerechts I S. 342, 374, 375; Voigt jun. im Neuen Archiv f. Handelsrecht I S. 487 ff. Ueber englisches und amerikanisches Recht: Smith, Compendium of mercantile law. 6. Aufl. S. 287 ff., 307 ff. [9. Aufl. S. 283 ff., 303 ff.]; Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis Bd. 41 S. 415—417. Ueber die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfs des deutschen Handelsgesetzbuchs: Meine Bemerkungen im Archiv. Kritik des Entwurfs bei Koch a. a. O. S. 319 ff., und Kompe, Der Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Regensburg 1859 S. 30 ff. Ueber das Zürcherische Gesetzbuch vgl. unten S. 459 Note 3.

[1] Vgl. Müller, Ueber die actio de recepto S. 32, 33; Puchta, Vorlesungen II § 314; Seuffert, Prakt. Pandektenr. II § 405; S. 292 A.L.R. II 8, §§ 448, 450.

I. Für die erste Frage gewährt l. 7 pr. nautae allerdings keine direkte Entscheidung. Die hierhin gehörigen Worte Ulpian's:

> Item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestiturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.

beziehen sich auf den vorhergehenden Passus:

> Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare. Nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit; sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum, si extra navem; licet a nautis, non praestabit.

Sie gehören, wie die ganze l. 7, nicht der Lehre vom receptum, sondern dem Institut der prätorischen Strafklagen an, dessen Theorie in § 2 dargestellt worden ist. Die praedictio mit nachfolgendem consensus schliesst hier nicht die gesetzliche Garantieverpflichtung gegen Entwendung und Beschädigung aus[1], sondern befreit von der sonst obliegenden unbedingten Vertretung der Dienstleute. Die praedictio »ut unusquisque vectorum res suas servet« trifft ferner nicht direkt die gleichfalls der Theorie des receptum unterliegenden Fälle[2], in welchen ein reiner Waarentransport stattfindet.

Dass diese mögliche Beschränkung der Verbindlichkeit eben nur hier, und nicht auch bei der actio de recepto erwähnt wird, erscheint keineswegs zufällig, vielmehr selbstverständlich, sofern anders wir das wahre Wesen des receptum in einem ursprünglich ausdrücklichen, später subintelligirten Garantieversprechen zu erblicken haben. Garantieversprechen und Ausschliessung der Garantie sind unverträglich — mit der Ausschliessung der Garantie hört das Verhältniss auf, unter die Theorie des receptum zu fallen, und unterliegt lediglich den Normen des civilen Vertragsverhältnisses, unter welchen es abgesehen von dem salvum fore recipere steht[3].

---

[1] Deren Existenz hier völlig irrelevant ist: l. un. § 3 furti adv. nautas. Vgl. oben § 2.

[2] Vgl. oben S. 404 Note 3.

[3] Vgl. oben S. 405 zu Note 3.

Andererseits ist unverkennbar die l. 7 cit. für unsere Lehre nicht ohne Bedeutung. Denn wenn schon die Stellung in demselben Titel für die analogische Anwendung derselben auf das receptum spricht, so muss weiter berücksichtigt werden, dass die actio de recepto mit der Pönalklage nicht allein die äussere Quelle, das prätorische Edikt, sondern auch das rechtspolitische Motiv — die Verstärkung des Verkehrsschutzes gegenüber gewissen Klassen von Gewerbetreibenden — gemein hat. Gestattete nun die Praxis sogar den Strafklagen gegenüber, deren absoluter Charakter am ehesten angenommen werden durfte, eine vertragsmässige Beschränkung, hat sie also sogar diesen den absoluten Charakter entzogen, so wäre die Aufrechterhaltung desselben für die Geschäftsklage eine reine Anomalie gewesen, um so mehr, da, wie oben gezeigt worden[1], die Jurisprudenz der scheinbar unbedingten Regel des Edikts gegenüber eine mildere Interpretation zur Geltung gebracht hat, — während das Verbot jeder vertragsmässigen Beschränkung eine nur ihr zur Last fallende Schärfung gewesen wäre. Ist nämlich die geschichtliche Entwickelung unseres Instituts von uns richtig dargestellt worden, so hat nicht schon das Edikt, sondern erst die Jurisprudenz die Selbstverständlichkeit der Garantieverpflichtung eingeführt[2]. Zuvor also bedurfte es gar keiner Ausschliessung, sondern nur der Nichtübernahme. Soll nun die Jurisprudenz nicht allein dies Verhältniss umgekehrt, sondern noch weiter sogar die Möglichkeit der Ausschliessung für alle Zukunft verneint haben?! Zur Annahme einer so gewaltsamen Aenderung des bisherigen Rechts nöthigt uns nichts. Nirgends eine Andeutung von der absoluten Natur unseres Instituts[3], dagegen vielmehr die bedeutsame Analogie der Pönalklagen.

---

[1] Vgl. oben S. 420 Note 1 und § 9.

[2] Vgl. oben S. 438 Note 1 ff.

[3] Auch nicht etwa der Satz der l. 1 § 1 h. t.: ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, etc. Denn derselbe will keineswegs sagen, dass zwar die Eingehung des Verhältnisses in ihrem Willen liege, der rechtliche Inhalt des einmal eingegangenen Verhältnisses dagegen absolut feststehe — sondern nur: Entschliessen sie sich zur Eingehung des Verhältnisses, so müssen sie auch die rechtlichen Folgen desselben tragen, — ebenso wie l. 5 C. de O. et A. (44, 7) — also einseitige willkürliche Entziehung ist ausgeschlossen, keineswegs aber noch

Auch die mehrfach angeführte l. un. § 4 D. furti adv. nautas: Quodsi receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit — will wohl keineswegs nur die gewiss seltenen Fälle treffen, in denen Güter ganz ohne Wissen und Willen des Schiffers oder Wirths eingebracht sind, deutet vielmehr auf das häufige Vorkommen vertragsmässiger Ausschliessung der Garantie[1].

So bleibt es denn auch hier bei der allgemeinen Regel, welche derselbe Ulpian in l. 23 de R. J. (50, 17) ausspricht:

> Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam — sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus, vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit) —.

und auch sonst mehrfach ausgesprochen und angewendet wird[2], entsprechend der oben besprochenen vertragmässigen Erweiterung der gesetzlichen Haftung. Vgl. § 8. Und es ist kein Zweifel, dass diese allgemeine Regel auch diejenigen Fälle umfasst, für welche die Voraussetzungen der l. 7 pr. nautae nicht zutreffen, den blossen Sachentransport.

II. Die zweite Frage dagegen wird durch unser Fragment direkt entschieden. Ulpian erfordert praedicere und consensus, und für die Ausschliessung der actio de recepto offenbar nicht minder, als für die Beseitigung der Pönalklagen.

Praedicere bezeichnet eine der Vertragsschliessung vorausgehende Erklärung, gerichtet entweder an jeden einzelnen Kontrahirungslustigen, mündlich oder durch Zirkulare, oder allgemein an alle durch öffentlichen Anschlag in oder

---

Abänderung durch Vertrag. Nehmen wir nun gar das recipere in seiner ursprünglichen Bedeutung als Garantieversprechen, so ist die Unmöglichkeit der entgegengesetzten Auslegung klar, weil ja nur das (freiwillige) Versprechen über den Inhalt der Verpflichtung entscheidet.

[1] Ungeachtet also die l. 7 pr. h. t. nicht direkt unserer Lehre angehört, lässt sich deren Benutzung in der hier versuchten Weise um deswillen schwerlich mit Rudorf (Römische Rechtsgeschichte II § 108 Note 12) als »ein Irrthum der Neueren« bezeichnen.

[2] l. 1 §§ 6, 10, depositi (16, 3). l. 60 § 6 locati vgl. unten S. 457. l. 35 § 4 l. 72 pr. de C. E. (18, 1). l. 7 § 5. l. 27 § 3 de pactis (2, 14). l. 6 de pactis dotal. (23, 4). l. 27. § 29 ad leg. Aquil. (9, 2).

vor dem Vertragslokal, durch Insertion in die öffentlichen Blätter u. dergl. m.[1].

Eine praedictio in diesem Sinne wird häufig erwähnt, sei es um den Umfang der gesetzlichen Verpflichtung zu mindern[2], sei es, um einer gesetzlichen Pflicht, deren Vernachlässigung zu einer umfassenderen Haftung[3], oder zur Befreiung des Schuldners[4] führen würde, Genüge zu thun.

Je nach dem Zwecke der praedictio genügt schlechthin die unzweifelhaft einseitige Erklärung, oder es ist weiter noch die wirkliche Zustimmung der etwa Benachtheiligten erforderlich. So erfordert consensus auch die lehrreiche l. 60 § 6 locati:

> Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est: proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit remissum videtur.

Labeo geht offenbar davon aus, es sei vielleicht zweifelhaft, ob der Einbringer der Kostbarkeiten den Anschlag gelesen oder dessen nicht ganz zweifellosen Sinn richtig verstanden habe, er habe vielleicht auch gedacht, dass der horrearius sich anders besonnen. Sache des letzteren wäre es gewesen,

---

[1] Proponere, proscribere, nicht allein für Gesetze, Edikte und deren Inhalt, wie Klagen, Exceptionen u. s. f., sondern auch für Privaterklärungen. l. 1 § 10 depositi: Sequemur tamen, ut Pomponius ait, aut quid habuerunt proscriptum, aut quid convenerit. l. 34 § 1 de statul. (40, 7): proscribat-aut etiam literis ad eum missis palam faciat. l. 11 §§ 2—4 de instit. act. (14, 3). l. 60 § 6 locati (19, 2). l. 4 § 6 de damno inf. (39, 2).

[2] Gajus IV. 126. l. 60 § 6 locati.

[3] Nach den Regeln des ädilitischen Edikts: praedicere oder pronuntiare. l. 1 § 1. l. 17 § 19. l. 31 § 1. l. 52 de aedil. ed. (21, 1) vgl. l. 15 § 1 de statul. (40, 7). l. 26 § 7 mandati (17, 1). Ferner l. 7 pr. qui satisdare cog. (2, 8).

[4] Gajus III. 123. Prozessualisch von Seiten des Prätors oder des Klägers behufs einer praescriptio: l. 48 § 7 de aedil. ed. (21, 1). l. 7 § 2 de hered. pet. (5, 3). Profiteri. Cod. Gregor. XII. (Hänel p. 37). Im Sinne von ansagen, rathen, befehlen, warnen, findet sich praedicere z. B. bei Cornelius Nepos Them. VII, 15 und bei Vellejus Paterculus II. 82, 2. II. 57, 1. Dagegen mehr juristisch, zum Zweck einer Erhöhung der rechtlichen Haftung, in dem bekannten Bericht über Mummius bei Vellejus Patercul. I. 13, 4: juberet praedici conducentibus, si eas perdidissent, novas eos reddituros.

durch eine ausdrückliche unzweideutige Erklärung jedem Zweifel über seinen Willen vorzubeugen.

In welcher Weise die Zustimmung erfolgen müsse, ist nicht weiter bestimmt. Selbstverständlich genügt auch eine stillschweigende, sofern nur die Umstände eine solche unzweideutig ergeben.

Damit erledigt sich die bekannte Streitfrage, ob ein Anschlag im Gasthofe oder gar erst im Gastzimmer zur Ablehnung der Verantwortlichkeit genügen könne. Der Wirth mag beweisen, dass der Reisende jenen Anschlag bereits vor seiner Aufnahme in den Gasthof gekannt und nicht protestirt habe[1]. Ebensowenig würde eine Notiz der Art auf dem erst nach Abgabe des Reisegepäcks ausgehändigten Gepäckscheine genügen, sofern nicht durch die Gesetzsammlung publizirte oder doch vor dem Bureau, namentlich der Kasse höchst offenkundig angeschlagene Reglements die Beschränkung aussprechen[2]. —

Ein solcher Vertrag kann übrigens eine engere und eine weitere Bedeutung haben. Eine engere, dass nur die Haftung ex recepto ausgeschlossen sein, dagegen die weniger umfassende aus dem civilen Kontraktsverhältniss bestehen bleiben soll[3]. Eine weitere, dass gar keine Verantwortlichkeit bestehen bleibt — dolus natürlich ausgenommen[4]. Ist die Haftung allgemein ausgeschlossen, so dürfte Letzteres anzunehmen sein[5].

An der Beweislast ändert ein solcher Vertrag nichts[6].

---

[1] Allerdings kann unter Umständen es als Verschuldung des Reisenden erscheinen, dass er die vom Wirth durch den ihm bekannt gewordenen Anschlag dargebotene Gelegenheit zur sicheren Verwahrung seiner Effekten nicht benutzt hat. Von diesem Standpunkt aus liesse sich das Urtheil in Seuffert's Archiv X Nr. 162 rechtfertigen.

[2] Ita ut de plano legi possit.

[3] Vgl. Blätter für Rechtsanwendung in Bayern B. 17, S. 198.

[4] Ob auch lata culpa? Gegen die bejahende, innerlich gewiss begründete gemeine Meinung v. Wächter, Württemberg. Privatrecht II S. 791 Note 19, 20.

[5] Argum. l. 27 § 29 ad leg. Aquil. (9, 2). Nicht entgegen l. 47 pr. de peculio (15, 1), weil die Haftung peculio tenus unabhängig von dem Willen des Gewalthabers eintritt.

[6] Koch, Eisenbahnen II S. 69, 315, 421, 422.

Neben dieser völligen Ausschliessung jeder Haftung sind weniger umfassende möglich und üblich, z. B. es solle nur für (erweisliche) Schuld des Rezipienten oder seiner Gehülfen, es solle nur für gewisse Schäden, z. B. nur für Seegefahr, oder nicht für gewisse Schäden[1] eingestanden werden; es solle im Falle einer Ersatzverbindlichkeit nicht das volle Interesse, sondern nur ein gewisser Maximalsatz vergütet werden u. dgl. m. Die Beweislast wird in diesen Fällen nach der Art der Beschränkung zu regeln sein. So trifft dieselbe den Befrachter, wenn nur für gewisse Schäden, oder nur für erweisliche Schuld der Dienstleute gehaftet werden soll, oder wenn mit der Klausel »Inhalt unbekannt« gezeichnet, oder etwa bestimmt ist, dass »jeder Feuers- und Wasserschaden als von unwiderstehlicher Gewalt herrührend erachtet werden soll«. —

Wie weit die hier entwickelten Grundsätze auch bei den Dampfschifffahrts- und Eisenbahnunternehmungen, deren Beurtheilung nach der Theorie des receptum vorausgesetzt, wegen ihres faktischen Transportmonopols Anwendung finden, soll hier nicht untersucht werden[2]. Mir scheint gewiss, dass das faktische Monopol und sonstige Privilegien dieser Anstalten vom Standpunkt des geltenden Privatrechts ohne jedes Gewicht sind, und dass Rechtsnormen, welche an sich der Abänderung durch den Willen der Betheiligten

---

[1] Z. B. nicht für äusserlich nichterkennbare Beschädigungen, für Gewichtsdefekte u. s. f. Dahin gehören auch die üblichen Konnossementsklauseln »frei von Bruch, Leckage, Rost«. »Inhalt, Gewicht, Maass, Stückzahl unbekannt«, »frei von Beschädigung« u. s. f.; Büsch, Darstellung der Handlung II S. 357, 370 (Zus. 58). Näheres in den auf S. 452 Note 3 angeführten Schriften. Vgl. auch Entwurf eines Handelsgesetzbuchs f. d. preussischen Staaten Art. 485, 497. Deutscher Entwurf erster Lesung Art. 524, 545, 546 und darüber die eingehenden Berathungen, Protokolle (offizielle Folioausgabe) S. 2213—2216, 2260—2301.

[2] Vgl. die auf S. 452 Note 3 angeführte Literatur, und mein Gutachten über den Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs nach den Beschlüssen zweiter Lesung: Zeitschrift für d. ges. Handelsrecht III. Beilageheft S. 109—112. Gesetzlich entschieden und zwar in dem hier entwickelten Sinne ist die Streitfrage nur in dem privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich, zwar nicht ausdrücklich, allein nach Inhalt der Kommissionsberathungen zu den §§ 1655, 1668, 997, 1000. Vgl. die Ausgabe desselben mit Erläuterungen von Bluntschli, Bd. III. (Zürich 1855) S. 543, 549.

unterliegen, durch hinzutretende Gesichtspunkte der Art nicht zu Zwangsvorschriften werden, ihre Ausschliessung nicht als Verstoss gegen öffentliches Recht oder Grundsätze der Sittlichkeit erachtet werden könne.

X. Heutige Geltung der actio de recepto. Beiträge zur Geschichte der Rezeption, insbesondere im Seerecht.

§ 12.

Die römische Theorie des receptum ist unzweifelhaft in die Praxis und die Gesetzbücher des abendländischen Europa übergegangen, und insbesondere ein Bestandtheil unseres gemeinen deutschen Rechts geworden. Die Missverständnisse, deren Aufhellung die vorstehenden Erörterungen bezweckten, vermögen die volle Geltung der richtig verstandenen römischen Regeln nicht auszuschliessen, zumal sie weniger die praktischen Resultate, als die dogmatische Konstruktion und systematische Stellung unseres Instituts betreffen. Anders verhält es sich allerdings mit den zu S. 420 Note 3 und S. 421 Note 1 bemerkten Missverständnissen sehr vieler Aelteren, da diese auch zu praktisch durchaus abweichenden Ergebnissen und zu einer vollkommen irrigen Grenzbestimmung zwischen der Theorie des receptum und den bloss civilen Kontraktsverhältnissen führten. Haben nun auch diese irrigen Ansichten in die Partikularrechte vielfach Eingang gefunden, so kann doch von einer gewohnheitlichen Fixirung des Inhalts der römischen Quellen zu keiner Zeit gesprochen werden, um so weniger, als die verbreiteten Irrthümer nur als Ausflüsse weitergehender Missverständnisse, namentlich über die Theorie der culpa erscheinen. Es wird also genügen, dass man den römischen Quelleninhalt hat adoptiren **wollen**, wenn auch erweislich nur die Haftung für levissima culpa eingeführt worden ist. Dies ist namentlich überall da anzunehmen, wo Schiffer, Wirthe und Fuhrleute nach durchaus gleichen Grundsätzen behandelt werden[1].

---

[1] Siehe unten S. 468 Note 2, S. 469 Note 4—6, S. 470 Note 1, S. 481 Note 2, S. 483 Note 3, 4. So bemerkt auch **Hutteau**, Du contrat de louage des voituriers. (Paris 1806, im Anhang zu **Pothier**, Traité du contrat de louage) p. 370. »Cette affinité entre ces trois sortes de personne

Gegen die Thatsache der Rezeption[1] würden selbst gewichtigere innere Gründe nicht entscheiden, als mitunter gegen die gemeinrechtliche Geltung der römischen Theorie aufgestellt sind, z. B. dass die anomalen (!) Grundsätze des receptum über die Beweislast unangemessen seien, dass auf unsere Wirthe und Schiffer die Motive des prätorischen Edikts, nämlich deren ausgezeichnete Schlechtigkeit, nicht zuträfen, dass bei uns die Obrigkeit durch die regelmässige Konzessionsertheilung dem Publikum allen erforderlichen Schutz gewähre, und dergleichen mehr.

Ohne hier die Geschichte der Rezeption in ihrem ganzen wenig erspriesslichen dogmengeschichtlichen Detail zu verfolgen, mag es genügen, auf einige, besonders für die Entwickelung des europäischen Seerechts bedeutsame Thatsachen hinzuweisen.

Unter den zahlreichen Seerechtsquellen des Mittelalters

(nautae, caupones, stabularii) a été adopté dans nos mœurs. La jurisprudence des parlements, celles des cours actuelles, et le Code civil sur-tout, en offrent la preuve.« Unter nautae versteht Hutteau jeden Frachtfahrer. Vgl. eod. p. 401, 406, 407, 409—411.

[1] Die Zahl der Dissentienten ist sehr gering. Schilter, Exerc. ad Pand. XIII § 25 bezeugt nur die zu seiner Zeit noch schwankende Praxis. Die im Text angeführten und noch schwächere Gründe werden gegen die fortdauernde Geltung des Edikts betreffs der Gastwirthe aufgestellt in der schülerhaften Dissertation von Joh. Wilhelmus Richter, De actione in factum ex quasi contractu receptionis moribus nostris non conveniente. Leipzig 1759, S. 16, 26—30, obwohl er selbst zugibt, dass in der Praxis die entgegengesetzte Ansicht Geltung habe. Nicht minder oberflächlich Hellfeld, Repertorium III p. 1693—1698; Fischer, Lehrbegriff sämmtlicher Kameral- und Polizeirechte III § 611 bemerkt nur, dass die zahlreichen deutschen Partikulargesetze über die Gastwirthschaft vom röm. Recht abwichen, und dessen Gebrauch entgegenstünden. Unter den Neueren herrscht Einstimmigkeit. Belege bei v. Zangen, Kurze Erörterung der Frage: Was-für eine Klage wider einen Fuhrmann stattfinde, welchem die zum Transport und Ablieferung bedungenen Sachen weggekommen? Giessen 1798, S. 25 Note *; Glück VI S. 111; Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. Bd. II § 572 S. 110; v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik III S. 825 Note 1; v. Vangerow, 7. Aufl. III S. 465 Anm. 2; Müller, S. 39. Unbegründete Zweifel und Verwechselung der actio de recepto mit den Pönalklagen bei v. Kaltenborn, Seerecht I S. 235, 236, 242. In den von ihm zitirten neueren Seerechten ist nur der modus der Rezeption — vgl. oben S. 410 Note 1, S. 438 Note 2 — geändert. Dazu noch Entwurf eines Handelsgesetzbuchs f. d. preuss. Staaten Art. 533, Motive S. 287, und Protokolle S. 1508, 2509, 2519.

lassen sich zwei grosse Gruppen unterscheiden: die eine bestehend aus den germanischen, mit Einschluss der holländischen und nordfranzösischen; die zweite dagegen die romanischen Küstenländer des Mittelländischen Meeres umfassend. Beide sind in grossen Sammlungen zusammengefasst, die erste in der Wisby'schen Kompilation, die zweite im Consolato del mare. Aus der wechselseitigen Verbreitung beider und den aufs Neue hinzutretenden römischen Seerechtsquellen ist das neuere europäische Seerecht entstanden, dessen geschichtliche Entwickelung und wirklichen Inhalt darzustellen eine eben so würdige, wie noch durchaus ungelöste Aufgabe der Wissenschaft ist.

Diese beiden grossen Gruppen zeigen nun auch hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Schiffers für die Ladung die bemerkenswertheste Verschiedenheit.

I. Die germanischen Seerechte begnügen sich überall den Schiffer für eigene Schuld haftbar zu erklären[1]. Sogar die Verantwortlichkeit des Schiffers für seine Leute wird in der Regel nicht direkt ausgesprochen, wenn auch vielleicht vorausgesetzt, wie in einem Frankfurter Schöffenurtheil von 1401 hinsichtlich der Fuhrleute[2]. Einer Fuhrmannskompagnie ist ein Theil der Ladung abhanden gekommen. Sie behauptet, dass alle mögliche Vorsicht angewendet und ein Knecht zur

---

[1] Die folgenden Citate sind meist nach Pardessus, Collection des lois maritimes; das Wisby'sche Seerecht zitire ich nach der vorzüglichen Ausgabe von Schlyter (Corpus Juris Visbyensis. Lund. 1853). Rooles d'Oléron und flandrisches Schiffsrecht Art. 2 (Wisby 16), 10 (Wisby 24), 11 (Wisby 25), 23 (Wisby 38), 24 (Wisby 39). Schiffsrecht von Nordholland Art. 3, 12 (Wisby 48), 17 (Wisby 54). Schreiben des Hamburger Raths zwischen 1256 und 1261 (Pardessus III p. 331 ff.). Hamburger Schiffsrecht v. 1270 Art. 23. Stadtrecht von Riga v. 1270 Art. 163. Zweite Redaktion tit. XI. c. 6. Lübecker Schiffsrecht v. 1299 Art. 32, 33. Lübecker Recht bei Hach IV. 21, 23, 96. Hanseatischer Rezess von 1412 Art. 3, 8; v. 1454; v. 1482 Art. XI. b.; v. 1530 Art. XVII, XVIII. Statut von Bergen v. 1274 c. 2. Statut von Wisby c. 6. (Pardessus III p. 27—29.) Danziger Seerechtsurtheil v. 1433 Nr. 13. (Holtius, Onde zeeregten in Dantzig p. 19, 13, 25).

[2] Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt a. M. Nr. 52. Ein Spruch des magdeburgischen Schöffenkollegs vom 15. Febr. 1474 (Neumann, Magdeburger Weisthümer Nr. 47 S. 127) erklärt den Fuhrmann, welcher den Transport bis an den Bestimmungsort übernommen hatte, schlechthin für seinen Substituten verantwortlich, vorbehaltlich des Regresses an den letzteren.

Obhut der Waaren bestellt worden sei. Der Rath entscheidet, dass die Fuhrleute dem Befrachter für die Waare einstehen sollen.

> ez were dan daz solich War raublich genommen oder mit gericht uffgehalden were, doch so nimt man den forluden hie midde irs rechten nit gein den Knecht, den sie gewunnen hadden, der War zu huden.

Direkt ausgesprochen wird dagegen dieser Satz in einem Urtheil des Raths zu Danzig v. 1429[1]. Der Schiffer hatte Gut aus Flandern nach Danzig gebracht, das Gut in ein Leichterschiff (Bording) geladen, und dem Kaufmann angezeigt, dass die Waare vor der Brücke (am Löschungsplatz) sei. Auf dem Bording wurde des Nachts ein Laken aufgeschnitten und ein Stück Tuch daraus gestohlen. Der Kaufmann belangte den Schiffer, dieser scheint dem Bordingsschiffer litem denuntiirt zu haben, und dieser bekannte, dass der Diebstahl durch Versäumniss seiner Knechte geschehen sei. Der Rath erkannte:

> De schipper sulde quiet sien darmede dat he det guth heylbar jn den bordyngk geantwerdet hadde und dem Kopmann thogesecht hadde. Sunder de Bordingesman nahdeme he dat gutt in sien schip und vorwaringe genamen hadde, und ys by vorsumenisse syner knechte, de jdt vorwaren sulde were gestalen. Zo sprak de Raedt, zo sulde de Bordingeszman dem Kopman sien gut andtwerden — adder ihn darvan vornogen. —

In den Rooles d'Oléron art. 10, und ebenso in dem ähnlichen Fall des Consolato del mare cap. 153 a. E. wird allerdings der Schiffer für die Schuld seiner Leute verantwortlich gemacht, jedoch nicht wegen wirklicher oder fingirter culpa in eligendo, sondern nach dem Grundsatz, dass alle diejenigen

---

[1] Nr. 7 der Sammlung in dem Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. I S. 295 ff. beschriebenen Danziger Codex. Vgl. auch Holtius, Onde zeeregten in Dantzig p. 14, 21, 22. In der Zeitschr. a. a. O. ist übrigens der zweimal vorkommende Druckfehler 15 in 5 zu berichtigen: Pardessus hat nämlich nur 5 Urtheile abgedruckt. Derselbe Rechtssatz, wie in dem vorstehenden Urtheil, ist auch ausgesprochen in der Danziger Willkühr von 1597 Art. XVII. (Pardessus III p. 475) und in der Neurevidirten Willkühr der Stadt Danzig von 1761, lib. 1, cap. 4 Abschn. 5 Art. 11, Abschn. 7 Art. 7. —

den Schadensersatz leisten müssen, welche Antheil am Gewinn des Geschäfts haben, also unter dem Gesichtspunkt einer societas lucri et damni.

Sogar zu einer Zeit, da die römischen Grundsätze schon lange im Seerecht Eingang gefunden haben, begegnet uns noch regelmässig der mildere germanische Grundsatz. So in in dem romanisirenden Hamburger Schiffsrecht (Stadtrecht P.) von 1497 Art. XXVI:

> Wat eyn yderman schepet, dar schal he de vracht van geuen, al weren de guder buten schulde des schipheren vordoruen efte vorgaen er se auer qwemen.

Vgl. Art. VII, IX, XII, XIII, XXV, XXIX. Ebenso wenig findet sich in dem Hamburgischen Stadtrecht von 1603 die Spur einer umfassenderen Haftung. Vgl. II, 15 Art. 1; II, 14 Art. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 24, 34, 35, 36. Sogar das Hanseatische Schiffsrecht von 1614 scheint noch ganz auf diesem Standpunkte zu stehen: tit. 3, art. 1, 2, 15, 17, 18, 19; tit. 5, art. 4, 5. Und die niederländischen Gesetze des 16. Jahrhunderts, wenngleich ausdrücklich hervorgehoben wird, dass der Schiffer auch für die Schuld seiner Leute verantwortlich ist[1], gehen doch im Uebrigen nicht über die Haftung für Schuld hinaus[2].

Gleiches gilt von den späteren nordfranzösischen Quellen, dem Guidon da la mer — vgl. cap. 5 art. 6, 7, 9, 10, 11; cap. 9 art. 1, 4, 5, und sogar der Ordonnance touchant la marine vom August 1681, — vgl. livre II tit. 1 art. 8, 12, 13; tit. 8 art. 2, 3; livre III tit. 3 art. 10. Allerdings soll nach dem Zusatzartikel 38 der Rooles d'Oléron[3] der Schiffer dem Befrachter schlechthin haften, wenn das Schiff durch den Herren des Landes, welchem der Rheder angehört, am Auslaufen verhindert wird. Allein dieser singuläre Satz erklärt sich aus den Feudalverhältnissen des nördlichen Frankreich

[1] Ordonannz v. 19. Juli 1551 Art. 43. Ordonnanz Philipp's II. v. 1563 tit. II art. 11.

[2] Ordonnanz vom 19. Juli 1551 Art. 18, 42, 43, 44, 50. Ordonannz Philipp's II. v. 1563 tit. II art. 6—9, 11; tit. III art. 19; tit. IV. art. 1, 8, 9, 11.

[3] Blackbookartikel, bei Pardessus I p. 342, 343.

und aus dem Selbsthülfeprinzip des mittelalterlichen Rechts, vermöge dessen sich der Gläubiger wegen der Schuld des Ausländers an dessen Landsleute, wegen der Schuld des Herren an dessen Unterthanen hält[1].

In dem ganzen Bereiche dieses Quellenkreises[2] ist mir nur eine Satzung begegnet, welche in ihrer absoluten, an die Worte des prätorischen Edikts erinnernden Fassung, und vielleicht schon unter dem Einfluss des römischen Rechts entstanden, an die strengere Haftung denken lässt, nämlich Art. 11 des Hanseatischen Rezesses von 1418, welcher demnächst in den Rezess von 1447 Art. X (nicht auch in die späteren grossen Rezesse), in die späteren Redaktionen des Lübischen Rechts (Hach IV, 29) und in das revidirte Lübische Recht von 1586 lib. VI tit. 1 art. 9, wie auch in das Landrecht des Herzogthums Preussen von 1620 lib. IV tit. 19 art. 1 § 9 übergegangen ist. Derselbe lautet:

> Vortmer, is gheramed welken Schipheren wat ingheschepet werd, de schal dat wedder uth antwerden dem jennen de eme dat ingheschepet hefft edder enem van syner weghen, de dar vor antwerden wil, uppe dat id to rechter scheringe kome. Wente werde wat vorloren, dat scholde de Schipper gelden. —

Noch eine preussische Verordnung vom 21. Februar 1748 scheint jedoch den älteren Standpunkt festzuhalten[3].

---

[1] Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 150 ff. Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen S. 40.

[2] Erwähnt mag noch werden, dass das livre de jostice et de plet (nach Laferrière, Histoire du droit français VI S. 290 ff. zu Ende des 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts in Orléans enstanden) im livre III eine vollständige Uebersetzung des Pandektentitels nautae, caupones, wie anderer römischer Seerechtstitel enthält (Pardessus VI p. 537 ff.).

[3] Reglement und Ordnung, wie es mit der Elbschifffahrt derer Waaren von Berlin nach Hamburg und von da bis Berlin bei der Churmärkischen auf 24 einländische Schiffer gesetzten Schiffer-Gilde vom 1. Martii 1748 an gehalten werden solle, de dato Berlin vom 21. Februarii 1748, Nr. 9. »Allen denen eingeladenen Waaren muthwilliger Weise oder durch grobe Verwahrlosung zugefügten Schaden sind die Schiffer zu ersetzen schuldig, und haftet dafür nebst den Schiffsgefässen nicht nur die Fracht, sondern auch der Lohn der Schiffsleute, welche insgesammt dafür einzustehen verbunden sind.« (Mylius Corpus Constit. Marchicar. Continuatio IV p. 27.)

II. Anders steht es mit den romanischen Seerechtsquellen. In den blühenden Handelsstaaten des südlichen Europa findet sich früh eine sehr entwickelte Schiffahrtspolizei, welche, im öffentlichen Interesse, eine grosse Zahl eigenthümlicher Einrichtungen hervorrief, z. B. das Institut des Schiffsschreibers mit notariellem Glauben. Im Sinne dieser staatlichen Fürsorge für Handel und Schiffahrt lag die aus gleichen Rücksichten hervorgegangene strengere römischrechtliche Haftung des Schiffers für die anvertrauten, insbesondere für die vom Schiffsschreiber verzeichneten Güter.

So stellen die Gewohnheiten von Valencia in Spanien, (Pardessus V p. 333) deren Redaktion dem Jahre 1250 angehört, und welche wahrscheinlich eine Hauptquelle des Consolato gebildet haben, das Seerecht ganz nach römischen Quellen dar, meist in wörtlicher Uebersetzung. Insbesondere ist lib. II rub. XVI § 1 fast wörtlich aus l. 1 § 8, l. 3 pr. § 1 nautae entlehnt. Denselben Satz enthält noch einmal lib. IX rub. XVII § 6.

Das Statut von Marseille aus den Jahren 1253—1255 (Pardessus IV p. 256 ff.) macht zwar den Schiffer nur für culpa verantwortlich lib. IV c. 7, 8, 9, 15, 20, 21, aber in dem merkwürdigen c. 26[1] bestimmt es ganz allgemein und absolut, dass alle vom Schiffsschreiber verzeichneten Güter, welche verloren oder gestohlen sind, von den Rhedern in Natur oder nach ihrem Werth erstattet werden müssen:

> — et postquam dicta avera reperientur taliter scripta in dictis cartulariis ut supra dictum est, si postmodum dicta avera amissa vel subrepta fuerint in dicta nave dominus seu domini dicte navis seu ille vel illi qui habebunt curam dicte navis restituere per officium compellantur predicta avera, vel eorum extimacionem sine mora illi vel illis quorum fuerint illa predicta avera, in eo loco ubi predicta navis portum fecerit causa discargandi.

Desgleichen enthalten die Statuta navium et navigantium von Venedig von 1255 (Pardessus V p. 21 ff.) in den

---

[1] Wo auch der Kaufmannszeichen Erwähnung geschieht. Ebenso in dem venetianischen Statut v. 1255, LII, LIII.

Artikeln II, III, LI, LII, LIII, LIX, LX die regelmässigen Vorschriften über die Verschuldungsfälle, bis auf:

> art. LXII. Quod patroni habeant in custodia merces mercatorum vel marinariorum per scriptum.
>
> Dicimus, quod postquam merces in nave fuerint posite secundum tenorem et ordinem statuti — in patronorum custodia debeant permanere; et sicut in patroni custodia per scriptum merces receperit, ita eas per scriptum mercatori cum integritate restituere teneatur, excepto per forcium, per ignem, per fortunam temporis, aut quod extra projecte fuissent.
>
> cap. LVIV. De vastatione mercimoniarum.

Wenn über den Ersatz beschädigter Güter zwischen Schiffer und Befrachter keine Einigung erfolgt, so soll obrigkeitliche Abschätzung und Zwang zum Ersatze eintreten, jedoch:

> Salvo si patronus posset probare, quod illud dampnum fuisset occaxione ignem exstinguendi, vel fortunam temporis habuisset, propter quam patronus penam aliquam non incurat; que probatio fieri et cognosci debeat et determinari per consules vel vectores predictos. Si vero merces aliter vastarentur, et videbitur supradictis quod occaxione patronorum evenisset, illi cujus merces fuerant, fiant satisfieri secundum stimationem dampni.

Das Breve curiae maris von Pisa vom Jahre 1298 (Pardessus IV p. 585 ff.) spricht unbedingte Ersatzpflicht aus in den cap. 13, 62. In den Statuten von Ancona vom Jahre 1397 (Pardessus V p. 116 ff.) begegnen nur Vorschriften wegen Verschuldung des Schiffers rub. I, IV, XV, XIX, XLV, XLIX, LIII. Dagegen enthält das Statutum officii Gazariae von Genua vom Jahre 1441 (Pardessus IV p. 463 ff.) neben solchen (cap. 8, 9, 81) auch einige strengere und unbedingte: cap. 96, 97, 103.

Sehr merkwürdig ist die Verbindung beider Systeme in dem Consolato del mare. In unzähligen Stellen wird jede Verantwortlichkeit des Schiffers von einem Verschulden desselben abhängig gemacht, und regelmässig sogar der Beweis der Schuld dem Befrachter auferlegt. So (nach der Ausgabe

bei Pardessus II) cap. 16, 18—21, 23—27, 44—46, 141, 147, 149, 154, 160, 177, 182, 189, 190, 192, 204, 214, 215, 221, 226, 243, 247, 250. Dagegen begegnen in einigen Kapiteln[1] folgende Wendungen:

cap. 13. S'il se perd quelque chose à bord, soit balle, ballot, marchandise, soit quelque autre objet, que l'écrivain aurait inscrit, ou au chargement duquel il aurait présidé, il doit le payer.

cap. 22. Si quelque objet chargé sur le navire et inscrit sur le registre se perd, le patron est obligé d'indemniser les propriétaires.

cap. 224. Mais si le patron ayant fait mesurer le grain et l'ayant reçu en compte, les marchands y trouvent quelque déficit, il est obligé de les en indemniser. —

In den deutschen Landrechten und Gesetzgebungen des 17. und 18. Jahrhunderts herrscht die römische Theorie — meist freilich in der missverständlichen Auffassung der älteren Doktrin — unbestritten. So: Landrecht des Herzogthums Preussen von 1620 lib. IV tit. 18 art. 3 § 2, tit. 19 art. 1 § 9. Landrecht des Königreichs Preussen von 1721 pars II lib. IV tit. 18 art. 3 § 2. Der scheinbar abweichenden Verordnung vom 21. Februar 1748 ist oben zu Note 3 auf Seite 465 gedacht. Württembergisches Landrecht von 1610 Th. II tit. 3 § 15. Codex Maximil. Bavaricus lib. IV cap. 13 § 10[2].

Wie es auch im hamburgischen Recht mit der Ersatzpflicht des Wirthes sich verhalten mag[3], so herrscht doch

---

[1] Nach der Pardessus'schen Uebersetzung. Eine direkte Entlehnung aus römischen Quellen, wie Pardessus II p. 67 not. 2 will, ist nach der obigen Darstellung nicht wahrscheinlich.

[2] Die Verantwortlichkeit ist auf Haftung für levissima culpa und culpa suorum abgeschwächt. Die Unterscheidung zwischen reinem, d. h. in der Regel unverschuldetem, und gewöhnlichem Zufall wird ausdrücklich verworfen (vgl. Anmerkungen zum Codicem Maximil. Bavar. München 1765, Th. IV S. 656, 657). Ebenso im Württemb. Ldr. »zum höchsten Fleiss — dass sie nichts dann allein ohnversehens zugestanden Ohnglücksfäll entschuldigen mögen«.

[3] Vgl. Wolters a. a. O. S. 61 ff., und dagegen Baumeister, Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg I S. 362.

hinsichtlich des Schiffstransports unzweifelhaft das römische Recht, und liegt der neuerdings eingeschärften Verordnung vom 5. Dezember 1766, revidirt am 26. März 1786, Art. 1 bis 6, 11, 12, 15 zu Grunde[1]. Desgleichen steht die früher schwankende sächsische[2] Praxis nunmehr im römischen Sinne fest[3].

Endlich die neuesten Gesetzbücher stehen unzweideutig auf diesem Standpunkt: Das preussische[4], das österreichische[5], die französischen Gesetzbücher[6]

---

[1] Hamburger Handelsarchiv S. 143 ff. Bekanntmachung vom 12. September 1855, ebenda S. 146; Pöhl's Seerecht II S. 568. Vgl. auch die Urtheile des Oberappellationsgerichts zu Lübeck oben Note 4 auf S. 423, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. I S. 573 ff., und in Seufferts Archiv XI S. 111; Büsch, Darstellung der Handlung (3. Ausg. v. Normann) II S. 357 stellt es noch als ungewiss hin, ob der Schiffer für Diebstahl hafte. Ueber die neueste hamburgische Praxis, vgl. die Urtheile bei Ullrich, Heft 1 Nr. 21, 26, 69, 49, 80.

[2] Carpzov, Jurisprud. for. II. 26 def. 10; Schilter, Exerc. ad. Pand. XII §§ 23, 25.

[3] Haubold, Lehrbuch des Königl. Sächs. Privatrechts. 3. Aufl. I § 288 b. Note p. Revidirter Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen §§ 1280—1290.

[4] A.L.R. II 8 §§ 444—453, 1734—1736, 1599, 1634, 1657, 1665, 1666. 1676 ff., 1692 ff., 1698 ff., 1707 ff., 1712, 2452—2456: Haftung für eigenes und der Leute geringstes Verschulden, nicht aber für äussere Gewalt und Zufälle — nicht für inneren Verderb oder äusseren unabwendlichen Zufall. Dass die römische Theorie hat adoptirt werden sollen, bezeugt auch Koch, R. d. Ford. III S. 828—830. Modifikation hinsichtlich der Passagiereffekten A.L.R. II 8 §§ 1760, 1761.

[5] Oester. Bürgerl. Gesetzbuch §§ 970, 961, 964, 1316: Haftung für eigenes und der Dienstleute Verschulden, nicht aber Haftung für Zufall. Ungar. Gesetzartikel XX v. 1840. §§ 4, 5; Haftung für böse Absicht und Unachtsamkeit.

[6] Code civil art. 1952—1954, 1782—1786. Code de commerce art. 103, 107, 230, 216, 221—229: Haftung für eigenes, der Leute und der Gäste Verschulden; Nichthaftung für Zufall oder höhere Gewalt — nicht für inneren Verderb oder höhere Gewalt. Die Verschiedenheit der Ausdrücke in den verschiedenen Gesetzbüchern und Theilen desselben Gesetzbuchs ist, ebenso wie in dem preussischen Gesetzbuch, nur einer unachtsamen Redaktion zuzuschreiben, und deutet keineswegs auf eine Verschiedenheit der Haftung. Die französischen Gesetzbücher stehen auf der älteren in Frankreich herrschenden Doktrin des römischen Rechts. Vgl. oben Note 1 auf S. 460 und über diese Doktrin: Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel (Luxembourg 1702. t. I p. 66, 142—144) livre I tit. 4 sect. 8 nr. 5, tit. 16 sect. 1, 2.

und sämmtliche Handelsgesetzbücher[1], wie das Zürcherische Gesetzbuch[2]. Vgl. oben Note 1 auf S. 460 und § 13 die Noten auf S. 480—484.

Das englische Recht ging ursprünglich sogar noch weiter als das römische. Nach common law erscheint der Schiffer als gewöhnlicher Frachtfahrer (common carrier) und haftet unbedingt für das anvertraute Gut, unless it were by the act of God (Sturmwetter, überhaupt Seegefahr), or that of the king's ennemies — also auch für ganz unverschuldeten Diebstahl, Raub, Feuer, mit Ausnahme des durch Blitz verursachten. Erst neuere Statuten haben diese Haftung beschränkt. Allgemein St. 11, Geo. 4 & 1, W. 4 c. 68 für gewisse werthvolle Gegenstände, welche besonders versichert werden müssen. Insbesondere für den Schiffstransport St. 26, Geo. 3 c. 86 s. 2, 3, welches die Verantwortlichkeit für Feuer, auch im Schiffe ausgebrochenes, beseitigte; und die Haftung für edle Metalle, Edelsteine u. dgl. von der Deklaration derselben abhängig machte. St. 6, Geo. 4 c. 125 s. 53, welches die Verantwortlichkeit für Lootsen, und für diejenigen Fälle, da solche nicht herbeizuschaffen sind, aufhob. Endlich The merchant shipping act vom 10. August 1854 (St. 17 & 18, Vict. c. 104) p. IX s. 388, 503, 504; welche diese Normen wesentlich wiederholt[3]. —

---

[1] Span. Handelsgesetzb. Art. 203, 208, 209, 212, 213, 217, 220, 225 bis 227, 676, 678—683. Holländ. Handelsges. Art. 91, 96—98, 345, 346, 348, 349, 351. Portug. Handelsgesetzbuch Art. 178, 179, 182, 183, 187, 190, 195—197, 1364, 1365, 1368, 1376, 1390, 1391. Brasilian. Handelsgesetzb. Art. 99, 102—106, 110—112, 115, 118. Mit dem Code de commerce stimmen, nach St. Joseph, Concordance, die Handelsgesetzbücher von Rom, Neapel und Sardinien völlig überein.

[2] Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich § 1653 (vgl. § 1646), §§ 1654, 1656, 1668: Unbedingte Haftung, mit Ausnahme von Fällen höherer Gewalt, auch für Dienstleute und Zwischenfrachtführer, selbst im Falle der Verzögerung. Aus den Erläuterungen Bluntschlis (dessen Ausgabe mi Erläuterungen Th. III Zürich 1855, S. 536—538) zu § 1646 ergibt sich, dass der Ausdruck »höhere Gewalt«, ungeachtet sehr triftiger Einwendungen, von der Mehrheit der Kommission aus den von Bluntschli in seinem Deutschen Privatrecht II S. 20 entwickelten Gründen (vgl. oben S. 425) beibehalten worden ist.

[3] Molloy, De jure maritimo et navali, or a treatise of affairs maritime, 8 ed. 1744, ist sich des Unterschiedes vom röm. Recht völlig bewusst. Vgl. book II ch. 2 Nr. 2, 8; ch. 3 Nr. 13—18. Ueber das englisch-ameri-

Die im neueren gemeinen Seerecht begründete wichtige Modifikation des römischen Rechts, dass für alle Forderungen, welche auf einem Verschulden des Schiffers beruhen, die Rheder nicht über die fortune de mer hinaus haften, sich also durch abandon des Schiffers sammt Zubehör und Fracht befreien können [1], berührt die hier entwickelten Prinzipien selbstverständlich in keiner Weise. —

XI. Ausdehnung auf den Landtransportvertrag?

§ 13 [2].

Die Römer haben den Landtransportvertrag durchaus nur nach den Grundsätzen der locatio conductio [3], nicht zugleich [4] nach denen des receptum beurtheilt. Ueberall geschieht nur der actiones locati conducti, nirgends der actio de recepto Erwähnung, auch da [5] nicht, wo das eigentliche Herrschaftsgebiet der letzteren [6] ist. Nirgends findet sich eine

---

kanische Frachtführerrecht überhaupt: Smith, Compendium of mercantile law. 6. Ausg. S. 287—298 [9. Aufl. S. 275—288]; Redfield, Practical treatise upon the law of railways S. 232 ff. [5. Aufl. II S. 1 ff.].

[1] Im Wesentlichen befriedigend Cropp, Juristische Abhandlungen I S. 467 ff. Ebensowenig gehört hierher die partikularrechtliche Modifikation des A.L.R.'s II 8 § 1528, dass die Rheder für Verschuldung der Schiffer und Schiffsleute nur subsidiär, nämlich nur insoweit einstehen, als der Beschädigte selbst zum Ersatz unvermögend ist. Vgl. O.A.G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv XI Nr. 85.

[2] Gründe für und gegen die analoge Ausdehnung sind zusammengestellt, und die ersteren bekämpft insbesondere bei Brenner (praes. Harpprecht), Actio utilis de recepto 1707 Nr. 108—150; (Harpprecht, Diss. acad. t. I disp. XVI); Werner (praes. Harpprecht), Actio utilis de recepto utrum contra rhedarum meritoriarum exercitores, postarum magistros et quoscunque aurigas locum obtineat 1707 (eod. t. I disp. XVII); Müller, a. a. O. S. 39—68; Cnyrim, a. a. O. § 1 (S. 4—14); Kompe, Zeitschr. f. d. Recht Bd. XVIII S. 312—316; W. Koch, Eisenbahnen II §§ 6, 23.

[3] Operis. Auch rei? Vgl. Cropp, Juristische Abhandlungen II S. 630 bis 638, und die mehrfach berichtigende Darstellung von Ullrich, Neues Archiv f. Handelsrecht II S. 317 ff.

[4] Vgl. oben § 1 Note 3 auf S. 415.

[5] Vgl. oben S. 407.

[6] l. 13 pr. 1, 25 § 7 locati (19, 2). Vgl. auch l. 11 § 3 eod. l. 5 pr. ad exhib. (10, 4).

Spur analoger Ausdehnung derselben. Denn die Anwendung unseres Instituts auf Kahn- und Flossführer, welche schon Labeo machte:

> l. 1 § 4 h. t.: De exercitoribus ratium, item lyntrariis nihil cavetur: sed idem constitui oportere, Labeo scribit, et hoc jure utimur.

ist nicht als Ausdehnung, sondern als blosse Interpretation des vom Edikt gewählten Ausdrucks nauta [1] zu erachten, welcher nicht minder den Kahnschiffer und Flösser in sich schliesst. als der Ausdruck navis oder navigium die Kähne und Flösse [2].

Hätte aber auch die römische Jurisprudenz bei ihrer überaus freien Stellung sich eine analoge Ausdehnung des Instituts gestattet, so würde dies einen gleichen Vorgang für die moderne Wissenschaft und Praxis noch keineswegs rechtfertigen. Für uns gilt durchaus der Bestand des justinianeischen Rechts, soweit derselbe rezipirt und nicht erweislich durch neuere Gesetze oder Gewohnheitsrecht modifizirt ist. Haben nun die Römer den Landfrachtverkehr durchaus nur nach den Prinzipien der locatio conductio, nicht auch nach den Grundsätzen des receptum beurtheilt, so lässt sich doch schwerlich behaupten, dass hier eine Lücke vorliege, deren Ausfüllung eine Aufgabe der heutigen Wissenschaft und Praxis sei. Es stehen sich vielmehr zwei Rechtsinstitute gegenüber: das eine normale mit einem sehr weiten Anwendungsgebiete, alle Fälle entgeltlicher Werkverrichtung, Sachen- und Raumgewährung

---

[1] Vgl. v. Vangerow, Pandekten III S. 466; Müller, a. a. O. § 22. In gleichem Sinne wird dann auch wohl der Ausdruck caupo auf Wein- und Bierwirthe, Garköche, Kaffetiers u. dgl. bezogen: Brenner (praes. Harpprecht), Actio utilis de recepto Nr. 44—65. Dabei wird eine sehr unnütze Untersuchung geführt, ob die actio de recepto in lintrarios und ratiarios eine utilis oder directa sei: Nr. 25—43. Dagegen Glück VI § 485 Note 10.

[2] Diese werden durchaus den naves gleichgeachtet und gleichbehandelt: l. 1 § 6 de exerc. act. (14, 1), l. 44 de evict. (21, 2) wo zwar scapha der navis entgegengestellt, aber doch selbst als parva navicula bezeichnet wird. l. 1 § 14 de flumin (43, 12), l. 1 pr., l. 3 § 1, l. 5 de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata (47, 9), l. 1 pr. ut in flum. publ. (43, 14); Paulus R. S. II 31 § 18; Gellius N. A. X. 25. Vgl. auch Brissonius, De verb. signif. s. v. »navis«. In gleicher Weise versteht z. B. das preussische Gesetz v. 14. April 1824 (G. S. S. 7, 9) unter »Schiffer« auch ausdrücklich den »Kahnführer«. Untersuchungen darüber in der Note * erwähnten Dissertation von Werner (Harpprecht) Nr. 195—199.

umfassend — das andere anormale auf das eng begrenzte Feld gewisser Gewerbe beschränkt. Was nicht dem letzteren angehört, fällt naturgemäss und nothwendig dem ersteren zu.

Das gleiche Resultat ergibt sich aus einer eingehenden Erwägung der eigenthümlichen Natur unseres Instituts. Dasselbe ist nach der obigen Darstellung:

1. den Römern selbst als innerlich durchaus anormal erschienen[1], und um deswillen einer jeden analogen Ausdehnung unfähig[2];

2. äusserlich beschränkt auf gewisse Klassen von Gewerbtreibenden für Akte ihres Gewerbebetriebes[3] — also nicht auf andere anwendbar, mag deren Beschäftigung auch eine nah verwandte sein.

3. Als Motive für die Einführung der actio de recepto werden in den Quellen selbst angegeben:

a) ein gewerbspolizeiliches, nämlich der schlechte Ruf der Schiffer und Wirthe, den dieselben nicht minder um ihres allgemein unsittlichen Verhaltens willen[4] wie wegen ihrer häufigen Betrügereien genossen

> Ulpian in l. 1 § 1 h. t.:
>
> — et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coëundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.

---

[1] Vgl. oben S. 420 Note 2.

[2] l. 14 de leg. (1, 3); l. 141 pr.; l. 162 de R. J. (50, 17).

[3] Vgl. oben S. 402—404. Uebrigens ist das häufig angeführte Argument, dass die Römer gar kein Frachtfuhrwesen im heutigen Sinne gehabt hätten (z. B. Mackeldey, Diss. de actione de recepto contra aurigas generatim admittenda 1806 § 27—30), oder doch, dass der römische Landfrachtverkehr ein sehr geringfügiger gewesen sei, in sich hinfällig, da die Thatsache ebenso unglaublich wie unerwiesen ist. Auch begegnen uns, neben den vielfach erwähnten collegia der nautae und navicularii, nicht selten collegia aurigariorum, jumentariorum, mulionum et asinariorum, eine schola carrucarum. Vgl. Orelli, Inscript Nr. 2413, 4093, 2596, 7206, 4131 und Heineccius, De colleg. et corpor. opif. cap. I § XII (Opp. Genf 1766 t. II p. 384).

[4] Vgl. Müller, a. a. O. S. 7; Becker, Gallus, 2. Ausg. v. Rein III S. 22, 24. Dazu noch die bisher nicht benutzten l. 4 § 2 de his qui not. infamia (3, 2), l. 43 pr. § 9 de ritu nupt. (23, 2), l. 29 C. ad leg. Jul. de adult. (9, 9); Paulus, R. S. II 26 § 11. Gleiche Zustände in Griechenland: Becker, Charikles, 2. Ausg. von Herrmann II S. 134, und Herrmann, Griechische Privatalterthümer S. 255.

l. 3 § 1 h. t.:

— Miratur igitur, (Pomponius) cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles; nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum. —

b) ein dem Verkehrsbedürfniss entlehntes Motiv, nämlich die Nothwendigkeit grösserer Sicherheit um des grossen Vertrauens willen, welches diesen Gewerbetreibenden nothwendig geschenkt werden muss:

Ulpian l. 1 § 1 h. t.:

Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere.

Als ein drittes Motiv endlich haben wir, nach den obigen geschichtlichen Erörterungen (§ 7), den üblichen ausdrücklichen Garantievertrag des Schiffers und des Wirths zu erachten, dessen Klagbarkeit, Interpretation und spätere Subintelligirung eben auf Rechnung der beiden ersten Motive zu setzen ist.

Von diesen drei Motiven, welche zusammengenommen die rechtspolitische Grundlage unseres Instituts bilden, trifft nun keines überhaupt oder doch vollständig auf den Landfrachtverkehr zu.

a) Die römischen Fuhrleute haben offenbar eines besseren Rufes genossen als die Schiffer. Das gilt auch noch heute. Unterschlagungen, insbesondere von Seiten der Stromschiffer, namentlich an Cerealien und Rohprodukten, sind auch noch gegenwärtig sehr häufig[1]; gegen sie, seltener gegen Fuhrleute, sind besonders strenge Vorschriften erlassen worden[2].

[1] Diese Erfahrungsthatsache bezeugt auch Büsch, Darstellung der Handlung I S. 538, 539: »Dabei kann ich die Anmerkung nicht unterdrücken, dass die Beispiele von Dieberei und Veruntreuung bei Landfrachten viel seltener als bei Schiffen sind, ungeachtet ein Fuhrmann, der viele Meilen ohne Zeugen über Land fährt, sie viel leichter finden muss, als Seeleute in einem vollgepackten Schiffe, aus welchem sie nur im Hafen das Gestohlene auf die Seite bringen können. Auf Flussfahrten sind die Beispiele viel häufiger. Die Ursache scheint mir theils in der Lebensart eines Fuhrmannes, theils in diesem Umstande zu liegen: der Fuhrmann, welcher Waaren veruntreut, kann die Schuld auf Niemanden anders, höchstens auf seinen Knecht, werfen. Aber er kennt seine Knechte besser, und wechselt nicht oft mit ihnen; weiss auch, dass er keine Fracht da wieder findet, wo er oder seine Knechte sich verdächtig

b) Das Bedürfniss der Sicherheit gegen Entwendung und Beschädigung scheint das gleiche für den Land- und Wassertransport zu sein. Allein dieses Bedürfniss reicht für sich

---

gemacht haben. Der Schiffer hingegen, welcher fast zu jeder Reise anderes Volk dinget, schiebt es auf dieses und wird immer vorgeben, er habe nur sichere Leute ausgesucht.«

[2] Freilich begegnen schon früh Strafvorschriften zugleich gegen Fuhrleute und Schiffer, sowohl in Reichsgesetzen (Kaiser Maximilian's Ordnung der Wein halber § 3 im Abschied des 1498 zu Freiburg im Breisgau abgehaltenen Reichstages [Gerstlacher, Handb. der deutschen Reichsgesetze Th. IX S. 1345]; Reichspolizeiordnung von 1548 tit. 16; von 1577 tit. 16; Reichsgutachten vom 1. August / 22. July 1686 [bei Gerstlacher IX S. 1351]), wie in Partikulargesetzen und Stadtrechten (z. B. Braunschweig-Lüneb. Edikt v. 21. Dez. 1639 [Marperger, Neueröffnetes Handelsgericht S. 235]). Rev. Lüb. Recht l. IV tit. 1 art. 7, wie dessen frühere Redaktionen (Cod. Brokes II 232, III 124; Hach IV 52), vgl. Köstlin, Kritische Ueberschau III S. 210, 338; und die neueren Strafgesetzbücher bedrohen meist die Unterschlagungen, sowohl der Fuhrleute wie der Schiffer, und zwar als qualifizirte Unterschlagung, sofern sie überhaupt die Frachtfahrer besonders erwähnen. So Bayer. Strafgesetzb. Art. 231; Oldenburg. Art. 236 (jetzt aufgehoben durch Verordnung vom 7. November 1836); Württemb. Art. 347; Braunschweig. Art. 221; Hannoversches Art. 307; Grossherz. Hessisches Art. 383; Nassauisches Art. 376. (Die übrigen Strafgesetzbücher heben diese Fälle nicht besonders hervor.) Ihre gemeinsame Quelle ist der Code pénal Art. 386, 387. Indessen ist für die neueren Strafgesetzbücher die prinzipielle Auffassung und die Abstraktion von der grösseren oder geringeren Häufigkeit der Verbrechen selbstverständlich — nur ein naiverer Standpunkt des Gesetzgebers vermag für die hier behandelte mehr statistische Frage ein Zeugniss zu gewähren. Als ein Zeugniss dieser Art könnte die hamburg. Verordnung vom 5. Dez. 1766, rev. 23. März 1786, und eingeschärft durch Bekanntmachung des Raths vom 12. Sept. 1855 (Hamburgisches Handelsarchiv S. 143—147) angezogen werden, welche die Schiffsdiebstähle mit besonders strengen Strafen bedroht; vor Allem aber die preussische Gesetzgebung. Das allgemeine Landrecht (II 8 § 1520) hebt nur die Unterschlagungen der Schiffer hervor, und bedroht diese mit doppeltem Schadensersatz und der Strafe des Betrugs. Erst das Gesetz vom 14. April 1824 (G.S. S. 79) ahndet die Unterschlagungen sowohl der Fuhrleute wie der Schiffer mit der Strafe des gemeinen Diebstahls unter erschwerenden Umständen. Sehr merkwürdig ist insbesondere die noch geltende Verordnung vom 5. Mai 1809 (Rabe X S. 102), vgl. mit A.L.R. II 8 § 1403; I 15 § 19, 17. Sie stellt die hinsichtlich der Vindikation sehr wichtige Präsumtion auf, dass Alles, was der Schiffer von seiner Ladung und überhaupt von solchen Waaren, welche gewöhnlich den Inhalt von Schiffsladungen bilden, verkauft, als gestohlenes Gut gelten solle. Die Motivirung im Eingange dieser Verordnung erinnert an die Erörterungen Ulpian's zum prätorischen Edikt. »Da die Schiffer

nicht aus, um das Maass der Haftung zu bestimmen. Die Verhältnisse liegen beim Landfrachtfahrer anders als beim Schiffer und Wirth. Das Gut ist nicht so leicht Beschädigungen und Entwendungen durch Passagiere ausgesetzt, um so mehr aber durch Dritte, namentlich bei den häufigen Umladungen: die Gefahren des Transports sind an sich geringer, hingegen die Kontrolle durch den Frachtfahrer ist schwerer als durch den Schiffer und Wirth. Diese Kontrolle dem gewöhnlichen Frachtfahrer zuzumuthen, erscheint unbillig. Für Post- und Eisenbahnanstalten fällt freilich dieses Bedenken fort.

c) Endlich findet sich von einer ähnlichen Verkehrssitte, wie sie oben § 7 für den Schiffs- und Wirthshausverkehr dargestellt ist, im Landfrachtverkehr keine Spur. Und wer das auffällig erachten sollte, der mag daran erinnert werden, dass auch gegenwärtig die Schiffer Verpflichtungsdokumente (Konnossemente) ausstellen, dagegen den Landfrachtfahrern nur vom Absender unterzeichnete Begleitschreiben (Frachtbriefe) mitgegeben werden. Die Gefahren des Wassertransports sind grösser, die Dauer desselben in der Regel eine längere, man muss dem Schiffer ein grösseres Vertrauen gewähren (l. 1 § 1 h. t.), und sucht darum nach gewichtigeren Garantien als die Regeln des jus commune darbieten. Nicht der Umstand, dass überhaupt Vertrauen geschenkt werden müsse, welcher bei sehr vielen Rechtsgeschäften in gleichem Maasse zutrifft, sondern das durch die Verhältnisse gebotene Maass des Vertrauens ist entscheidend.

In einem geordneten Rechtszustande sind grösseres Vertrauen des Gläubigers und strengere Rechtshülfe für denselben Korrelate. Das tritt auch geschichtlich klar genug hervor. Man denke an die Exekutivkraft des nexum, an die strenge actio certae pecuniae creditae mit ihrer Sukkumbenzstrafe; an die materielle und formelle Strenge unserer Wechselklagen; an die Infamie, welche den verurtheilten Schuldner in judicio fiduciae, tutelae, mandati, pro socio, depositi traf u. dgl. m.

---

und Schiffsknechte öfters die ihnen anvertraute Ladung veruntreuen, auch wohl durch deren Anfeuchtung ihre Schwere zu vergrössern suchen etc.« Hier ist die Entstehung aus dem unmittelbaren praktischen Bedürfniss offenbar, und bezeichnend genug, dass gegen die Fuhrleute niemals eine ähnliche Vorschrift erlassen worden ist.

Stehen nun diese Gründe einer jeden wissenschaftlichen Ausdehnung unseres Instituts auf den Landfrachtverkehr entgegen, so könnte nur noch die Frage aufgeworfen werden, ob etwa demungeachtet durch gemeines Gesetz oder gemeine Gewohnheit eine solche Ausdehnung herbeigeführt worden sei. Allein ein Reichsgesetz der Art existirt nicht, und eine gemeine Gewohnheit ist durchaus unerweislich. Dagegen spricht schon der im vorhergehenden Paragraph geführte Nachweis, dass sogar im Seerecht die Rezeption des römischen Rechts auf grosse Schwierigkeiten gestossen ist. Unter den Schriftstellern und in der Praxis war die Frage von jeher kontrovers, so zwar, dass die überwiegende Mehrzahl sich jederzeit gegen die Ausdehnung aussprach[1], und selbst unter den Vertheidigern der analogen Ausdehnung haben nur sehr Wenige die Ausdehnung auf alle Fälle des Landtransports vertheidigt[2]: häufiger auf den Verkehr der Posten und Landkutscher[3].

---

[1] Vgl. die Nachweise bei Müller a. a. O; Cnyrim a. a. O. § 1; W. Koch, Eisenbahnen II § 6, 23; Kompe, Zeitschr. f. Recht XVIII § 4.

[2] Unter den Neueren namentlich viele Germanisten: Bender, Grundsätze des Handlungsrechts I S. 158—160 (?); Pöhls, Handelsrecht I § 68; Kritz, Pandektenr. I 2 S. 308, 317; Mittermaier, Deutsches Privatr. II § 540, 548, 550. Sehr merkwürdig Maurenbrecher, Lehrbuch des ges. heutigen gemeinen deutschen Rechts II § 634; Morstadt, Kommentar zu Martens S. 46; Feust, Blätter für Rechtsanwendung in Bayern VII S. 387; Hillebrand, Deutsches Privatrecht § 114 Note 18; Reyscher, Württemberg. Privatrecht II § 460, 461; Beseler, D. Privatrecht III S. 355, 352. Bluntschli, D. Privatrecht II § 130. Uebrigens ist eine sichere Klassifikation um deswillen unmöglich, weil über die praktischen und innerlichen Unterschiede zwischen der civilen Verantwortlichkeit und der Haftung ex recepto so grosse Unklarheit zu herrschen pflegt. Doch darf man wohl annehmen, dass, wo die Landfrachtfahrer den Schiffern gleichgestellt, oder nur durch vis major, höhere Gewalt u. dgl. befreit werden sollen, die Haftung ex recepte gemeint ist. Vgl. die Note 1 auf S. 453.

[3] Dafür pflegt man sich weniger auf innere Gründe, als auf eine behauptete Praxis zu berufen, z. B. v. Zangen, Kurze Erörterung etc. S. 28—30, 33—36, 12, 13; Glück VI § 193; Mühlenbruch, Pandekten § 451; Koch, R. der Ford. III S. 828; Puchta, Pandekten [12. Aufl.] § 314 beemrkt: »Die Anwendung auf Landfuhrwerk ist zulässig, soweit es als Gewerbe zur Beförderung von Personen betrieben wird; auf Staatsanstalten dieses Zwecks kann es nicht bezogen werden.« Vorsichtiger in seinen Vorlesungen ad h. l. »Bestritten ist es, ob das Edikt auch auf Landfuhrwerke Anwendung finde. Auf keine Weise findet es statt bei dem Transport von Sachen allein. Ausserdem ist es zu-

Auffallend genug erwähnt der ausführlichste Schriftsteller über den Landfrachtvertrag, Münter, der Kontroverse gar nicht, sondern behandelt die Fuhrleute durchaus nur nach den Grundsätzen der locatio conductio, obwohl er die Theorie auch der actio de recepto bei Gelegenheit des Verhältnisses zwischen den Fuhrleuten und den Fuhrmannswirthen in ihrem ganzen Detail bespricht. Auch Veillodter in seinem »Entwurf eines allgemeinen Handelsrechts« Frankfurt a. M. 1799 deutet in der sehr ausführlichen Aufzählung aller Pflichten des Fuhrmanns (S. 221 ff. namentlich § 8—11, 17—24) mit keinem Worte darauf hin, dass der Fuhrmann über sein und seiner Leute Verschulden hinaus haften solle. Und unter den älteren Schriftstellern sind gerade diejenigen, welche ex professo das Recht der Fuhrleute behandeln, die entschiedensten Gegner einer jeden Ausdehnung unseres Instituts, z. B. Lauterbach, Diss. de nautis, caupon. stabular. 1676 (diss. academ. disp. CV) Nr. 33—35; Mieth, Disp. de eo quod justum est circa aurigas, Jene 1699, cap. 4 § 10, vgl. cap. 3 § 2, 4 ff., cap. 2 § 10; Harpprecht, Das Recht der Fuhrleute, Th. I Cap. 2 § 16, Cap. 3 § 2; Werner (praes. Harpprecht), Actio utilis de recepto 1707, wo, wie bei Lauterbach, auch reiche Belege aus der älteren Literatur und Praxis gegen die Ausdehnung angeführt werden, namentlich Nr. 86—119 (vgl. mit der Aufzählung der Gegengründe und Gegner Nr. 120 bis 154), 200—204; darunter Urtheile der Rota Romana, der Leipziger Schöffen, des Frankfurter Raths, der Tübinger Juristenfakultät. Der Verfasser des Codex Maximil. Bavaricus lehnt jede Ausdehnung des im Uebrigen adoptirten Instituts auf den Landverkehr ab. (Anmerkungen zum Codex Maximil. Bavar. [Münch. 1765] Th. IV S. 657.) In gleicher Weise hat sich die preussische Gesetzkommission in der Entscheidung vom 25. Februar 1783 gegen die Ausdehnung desselben auf Fuhrleute erklärt (Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuss. Staaten Bd. I S. 76—81);

---

lässig, es wird aber doch auf die Praxis des Landes ankommen, denn eine innere Nothwendigkeit der Ausdehnung liegt nicht vor, und in der That sind die Fälle nicht ganz gleich.« Gegen jede Unterscheidung und für allgemeine Ausdehnung: Mackeldey, Diss. cit. § 36.

übrigens beruht die Anfrage, und vermuthlich auch die Entscheidung, auf unrichtigen Ansichten über die Beweislast.

Die neuesten Schriftsteller verneinen jede analoge Ausdehnung [1].

Was insbesondere den Post- und Eisenbahnverkehr anlangt, so gelten für diesen freilich in manchen Beziehungen strengere Normen als für den gewöhnlichen Landfrachtvertrag, allein nicht etwa wegen dessen Beurtheilung nach den Grundsätzen des receptum, sondern nur in Folge eines für diese grossen Institute theils gewohnheitlich, theils durch autonomische Satzungen ausgebildeten Sonderrechts. Es genügt, in dieser Beziehung auf die neuesten mehrfach erwähnten gründlichen Darstellungen dieses Sonderrechts von W. Koch und Kompe zu verweisen. —

Nur ein Punkt scheint allerdings durch deutsches Gewohnheitsrecht, dem Bedürfniss des heutigen Verkehrs und dem älteren einheimischen Recht gemäss, gegen das römische Recht allgemein festgestellt zu sein: nämlich die unbedingte Haftung jedes Frachtführers für sein Dienstpersonal. Dass dieser Satz irriger Weise, wie mir scheint, auf römische Texte, namentlich auf l. 25 § 7 D. locati gegründet wird, würde an seiner Geltung als Gewohnheitsrechtssatz nichts ändern. Er wird überall als unzweifelhafter Rechtssatz gelehrt, angewendet, und in den Gesetzbüchern ausgesprochen [2].

---

[1] So Müller, Cnyrim, Koch, Kompe a. a. O.; v. Linde, Zeitschr. f. Civilr. und Prozess, N. F. Bd. 16 S. 187 ff. »Ist jetzt wohl nicht mehr streitig«: Brinckmann-Endemann, Lehrbuch des Handelsrechts § 114 Note 13. Zu den Verzeichnissen bei Müller, Koch etc. wären noch als Gegner jeder Ausdehnung nachzutragen: Heise's Handelsrecht S. 79. Das hamburgische Handelsgericht in einem Urtheil v. J. 1818, und dazu die Nachschrift des Dr. Kleinwort (Archiv f. das Handelsr. Bd. II S. 25, 33). Blätter für Rechtsanwendung in Bayern XI S. 18 und die Redaktion derselben VIII S. 388 Note 2; Reinhardt, Ergänzungen zu Glück II S. 281, 282; Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts §§ 279, 278 (?). Eine Ausnahme macht nur Beschorner, Das deutsche Eisenbahnrecht S. 263 und Archiv für civil. Praxis Bd. 41 S. 401, doch ist derselbe über die wirklichen Differenzen zwischen blosser locatio conductio und receptum im Unklaren. Vgl. z. B. dessen Eisenbahnrecht S. 235, 236.

[2] Bei Aelteren finden sich wohl abweichende Ansichten, z. B. Werner (praes. Harpprecht), l. c. Nr. 206 ff.), die Neueren dagegen sprechen sich überall für die unbedingte Haftung aus, z. B. Münter, Frachtfahrerrecht I S. 48 ff.; Müller a. a. O. §§ 21, 32; Cnyrim, Diss. § 9; Koch, Eisen-

Was sodann die deutschen Gesetzgebungen und Partikularrechte anlangt, so finden sich in diesen nur folgende analoge Ausdehnungen unseres Instituts.

Das A. L. R. II 8 §§ 2452—2464 unterwirft die Frachtfuhrleute durchaus den Grundsätzen des Dienstvertrages (Vertrag über Handlungen A. L. R. I 11 § 869 ff.); nur bestimmt es ausdrücklich § 2459, dass dieselben schlechthin für eigene geringe Versehen und für die geringen Versehen auch ihrer Leute haften müssen — gegen die allgemeinen Regeln I 6 §§ 58—69, I 5 § 278, I 11 § 899. Ausnahmsweise sind jedoch die »Inhaber öffentlicher Landkutschen, welche der Staat bestellt oder besonders privilegirt hat, um Reisende oder Sachen fortzuschaffen«, desgleichen »die Inhaber solcher Fähren, welche zum Uebersetzen der Reisenden bestimmt sind«, den Rhedern, und die Führer dieser Kutschen oder Fähren den Schiffern gleichgestellt §§ 2452—2457[1]. Die fortdauernde Geltung dieser Vorschrift ist für die neben den Staatsposten noch bestehenden Fuhrinstitute der Art durch Urtheil des Obertribunals zu Berlin vom 26. Juni 1855 (Striethorst's Arch. f. Rechtsf. XVII S. 307 ff.) — gegen mehrfache Anfechtungen — aufrechterhalten worden. Die C.O. vom 14. Juli 1841 stellt die Stromschiffer auch bezüglich des Verhältnisses zu den Befrachtern den Seeschiffern gleich. Noch darüber hinaus geht und den römischen Grundsätzen über das receptum näher steht die Vorschrift des preussischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 § 25.

> Die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern, oder auch an andern Personen und deren

bahnen II S. 22, 133, 134; Kompe, Zeitschr. f. D. R. XVIII S. 328; — selbstverständlich diejenigen, welche überhaupt den conductor operis und Geschäftsherrn für seine Gehülfen haften lassen, oder welche die Grundsätze des receptum auch auf den Landfrachtfahrer anwenden. Ueber die neueren Gesetzbücher siehe den Text im Folgenden, und oben S. 469 Note 4—6, 470 Note 1—3.

[1] Kritik dieser Vorschriften bei Gelpke, Zeitschr. f. Handelsrecht III S. 56—64. Nähere Ausführung in Fischer, Preussens kaufmännisches Recht S. 239 ff.

Sachen entsteht, und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, dass der Schaden entweder durch eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äusseren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher von dem Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten[1].

Dass diese Vorschrift durchaus auf dem Vorbild der gemeinrechtlichen, preussischen und französischen Regeln über das receptum beruht, ist wiederholentlich von den preussischen Gerichten anerkannt worden[2]. —

Das österreichische bürgerl. Gesetzb. §§ 970, 1316 behandelt Schiffer, Fuhrleute und Wirthe nach gleichen Grundsätzen.

Im sächsischen Recht ist die Ausdehnung unseres Instituts in gleichem Maasse bestritten wie im gemeinen; für den Postverkehr steht seine Unanwendbarkeit sogar fest[3]. Allerdings sind in neuester Zeit mehrere Entscheidungen sächsischer Gerichte, auch des Oberappellationsgerichts zu Dresden, ergangen, welche für den Landfrachtverkehr, und

---

[1] Kritik des § 25 bei Hansemann, Kritik des preussischen Eisenbahngesetzes vom 3. Nov. 1837. Aachen 1841 S. 68—71. Ueber die Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift sind folgende Urtheile des preussischen Obertribunals zu vergleichen: vom 22. April 1855 (Striethorst's Archiv XXI S. 114—116), vom 13. November 1857 (eod. XXVII S. 128—136 und Entscheidungen XXXVII S. 32—41), vom 14. Dezember 1857 (eod. XXVI S. 359—371 und Entsch. XXXVII S. 42—51), vom 24. April 1854 (Entsch. XXVIII S. 270—276) und vom 19. Oktober 1858 (Zeitschr. f. d. g. H. Bd. III S. 229, 230).

[2] Vgl. oben S. 460 Note 1, 469 Note 4, 471 Note 1 und die bei W. Koch abgedruckten Urtheile des rheinischen Appellhofes vom 3. Dezember 1849 (Eisenbahnen Bd. II S. 60), des Obertribunals zu Berlin v. 16. März 1852 (eod. S. 62), des rheinischen Appellhofes v. 21. Januar 1853 (eod. S. 65), des Obertribunals zu Berlin v. 8. März 1853 (eod. S. 66); insbesondere das Urtheil des Obertribunals v. 6. Juli 1858 (eod. Anlagenheft Anl. XXVI S. 310, 311). Vgl. auch Koch II S. 69—71.

[3] Vgl. Haubold, Lehrbuch des sächs. Privatrechts. 3. Ausg. § 288 b. Zus. 2 und § 359 Note d e. Die hier und sonst zitirte Schrift von Funkhänel (Ueber die Anwendbarkeit der prätorischen actio de recepto auf die Ersatzverbindlichkeit der heutigen Postanstalten, Fuhrleute etc. Glauchau 1836) habe ich nicht erlangen können.

insbesondere für den Eisenbahntransport, ausdrücklich die Grundsätze des receptum adoptiren[1]. Sieht man indessen näher zu, so handelt es sich in allen diesen Urtheilen nur um die Frage von der Beweislast, und nur darum werden jene Grundsätze herangezogen, um den Satz zu rechtfertigen, dass nicht der Befrachter die Schuld, sondern der Frachtfahrer den Zufall zu erweisen habe. Bedarf es aber, wie oben § 4 Note 2 auf S. 421 gezeigt worden ist, zu diesem Behufe durchaus keiner analogen Ausdehnung der Theorie des receptum, sondern führen die Grundsätze der locatio conductio durchaus zu dem nämlichen Resultate, so kann durch jene Urtheile unsere Kontroverse offenbar nicht für die neuere Praxis als entschieden erachtet werden. Und dies um so weniger, als sogar eine gleich grosse Anzahl Urtheile aus derselben Zeit auf einem durchaus verschiedenen Standpunkte steht[2].

Man hat überhaupt, in Ermangelung klarer Einsicht in den wahren Inhalt unseres Instituts und dessen Unterschied von der locatio conductio, mit der Behauptung, dass auf das erstere nicht die Grundsätze der letzteren anwendbar seien, so argen Missbrauch getrieben, dass sogar da, wo etwa die Ausdehnung der actio de recepto auf den Landfrachtverkehr als ausdrückliche Usance bezeugt ist, wie z. B. in

---

[1] Urtheil des A.G. zu Leipzig v. 9. Dezember 1848, bestätigt durch das O.A.G. zu Dreden v. 21. Juni 1849 (bei Koch, Anlagenheft S. 90, 91); des Appellationsgerichts zu Leipzig v. 25. April 1856 (eod. S. 97), des Spruchkollegiums zu Leipzig v. 25. September 1855 (eod. S. 102—104). Auf diesen Urtheilen und auf demselben Irrthum fussen die Note 1 S. 479 erwähnten Ausführungen Beschorner's.

[2] So erkennt das O.A.G. zu Dresden in dem Urtheil v. 31. Januar 1856 ausdrücklich und unumwunden die allgemeine Geltung der von uns Note 2 S. 421 vertheidigten Grundsätze hinsichtlich der Beweislast an (Koch, Anlageheft S. 108, 109 und Seuffert's Archiv XI Nr. 237). Ein anderes Urtheil des O.A.G. vom 1. Okt. 1856 bestätigt ein Urtheil des Appellationsgerichts zu Leipzig, in welchem ausgeführt wird, dass es hinsichtlich der Beweislast keinen Unterschied mache, ob man den Frachtführer nach den Grundsätzen des receptum oder der locatio conductio beurtheile (eod. S. 115, 120, 121). Dagegen hatte in derselben Sache das vom Appellationsgericht reformirte Urtheil des Handelsgerichts zu Leipzig v. April 1855 allgemein, ohne auf unsere Frage weiter einzugehen, dem Absender resp. Destinatär den Beweis des Verschuldens des Eisenbahnpersonals auferlegt (eod. S. 125).

Nürnberg[1], ein sehr entschiedenes Misstrauen gerechtfertigt sein dürfte.

Anders verhält es sich allerdings mit dem auswärtigen Recht. Hier wird durchweg der Landfrachtverkehr in diesem Punkte dem Schiffstransport gleichbehandelt — theils nach eigenthümlichen Prinzipien, wie im englischen Common Law[2], theils auf Grundlage der römischen Theorie, wie in den französischen Gesetzbüchern und den sämmtlichen neueren Handelsgesetzbüchern, welche denselben gefolgt sind[3]. So auch in dem Civilgesetzbuch für Stadt und Republik Bern Th. II (publizirt den 18. März 1830), Satzung 737[4], und in

---

[1] Andere partikuläre Usancen der Art sind mir nicht bekannt geworden. Für Nürnberg liegen Gutachten (oder gerichtliche Entscheidungen) vor vom 26. Januar 1816, 22. Mai 1835, 27. November 1837 (Nürnberger Sammlung einiger nürnbergerischen Handelsrechtsgewohnheiten Nürnberg 1846 S. 23, 32, 37, 38), allein die konkreten Entscheidungen scheinen durchweg zugleich den Grundsätzen der locatio conductio operis zu entsprechen. Das Gutachten v. 26. Januar 1816 bedient sich zwar nicht der Ausdrücke receptum, vis major u. dgl., erklärt aber den Fuhrmann für jede Beschädigung des Guts auch durch Dritte verantwortlich — unter Berufung auf Münter, in dessen Frachtfahrerrecht das Citat nicht zu finden ist, und der nirgends an die Ausdehnung der actio de recepto auf den Landtransport denkt.

[2] Ueber die Modifikationen durch das Statute law vgl. oben § 12 g. E.

[3] Vgl. oben auf S. 460 Note 1, 469 Note 6, 470 Note 1. Ueber das französische Recht vgl. noch Pardessus, Cours de droit comm. Nr. 542, 516, 545; Alauzet, Commentaire du code de commerce Nr. 467, 468, 487; Troplong, Louage Nr. 916, 936, 937; Zachariä, Handbuch II § 373; Massé und Vergé, Le droit civil par Zachariae, traduit, annoté et rétabli etc. t. IV (1858) § 709. Ueber die Praxis Gilbert zu Code civil. art. 1783 ff. Code de commerce art. 103.

[4] »Handwerker, die fremde Sachen zur Verarbeitung übernommen, und Wirthe, Schiffer und Fuhrleute haften für den Schaden, welcher aus der Entwendung, dem Verluste oder der Beschädigung von Sachen entsteht, die ihnen oder ihren Dienstleuten von Handwerkskunden, aufgenommenen Reisenden oder als Frachtgut zugestellt worden; es sei denn, sie könnten erzeigen, dass dieser Schade in einem Zufalle seinen Grund habe, der nicht durch ihr Verschulden herbeigeführt worden, oder gegen welchen sie sich durch die Vorsichtsmaassregeln nicht hätten schützen können, die ein ordentlicher Hauswirth gegen solche Zufälle gebraucht.« Dr. Schnell in seinen Anmerkungen hiezu (Th. II Bern 1830 S. 82, 83) bemerkt, es sei gegen die Klage zu excipiren, dass der Schaden in einem reinen Zufall seinen Grund habe, d. h. in einem solchen Zufall, der nicht durch ihr Verschulden herbeigeführt worden, und den man durch die Vorsichtsmaassregeln, durch die man sich vor dergleichen

dem privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich §§ 1653—1656, 1668, dessen hier einschlägiges viertes Buch mit dem 1. Heumonat 1855 in Kraft getreten ist.

Zum Schlusse mag noch der neuesten legislativen Arbeiten gedacht werden, insbesondere der Entwürfe zu einem Deutschen Handelsgesetzbuch. —

Zufällen zu verwahren pflegt, nicht hätte abwenden können, z. B. ein nicht vorherzusehendes Naturereigniss, ein feindlicher Ueberfall u. dgl. Man ersieht aus dieser Bemerkung des Redaktors, dass man wirklich die römische Theorie hat annehmen wollen, während nach dem Wortlaut eine mildere Haftung gemeint erschiene.

Anhang.

Resultate für die legislative Gestaltung und die neueren Gesetzentwürfe.

Die bisherige Theorie über das receptum leidet, abgesehen von ihrer mangelhaften geschichtlichen und dogmatischen Begründung, an zwei auch praktisch erheblichen Fehlern. Einmal, dass sie — und dieser Vorwurf gilt insbesondere der älteren Behandlung — in den Grundsätzen über die Beweislast sowohl den Hauptunterschied des receptum von der locatio conductio operis, wie das wesentlichste legislative Motiv der Einführung des ersteren erblickt. Sodann, dass sie den Umfang der Haftung des Rezipienten durch den juristisch unsicheren Begriff einer vom einfachen »Zufall« verschiedenen »höheren Gewalt« bestimmen zu können glaubte. Die wirklich praktischen Unterschiede, welche die vorstehende Darstellung ergeben hat, sind nur folgende[1].

1. Ex locato haftet der conductor nicht schlechthin für die Schuld seiner Leute, sondern nur dann, wenn er seine diligentia in eligendo nicht zu erweisen vermag, — ex recepto dagegen unbedingt. Dieser wichtigste Unterschied, welcher nach weit verbreiteter Meinung[2] sogar für das römische Recht nicht mehr besteht, ist jedenfalls durch gemeines Gewohnheitsrecht insoweit beseitigt, dass auch der Landfrachtfahrer unbedingt für seine Leute einsteht.

---

[1] Dies wird das Urtheil rechtfertigen, welches S. 418 Note 4 über die üblichen Auffassungen ausgesprochen ist.

[2] Die in Note 1 auf S. 431 erwähnte ausführliche Darstellung von Ubbelohde ist erschienen im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. VII S. 229 bis 276.

2. Ex locato haftet der Frachtfahrer nicht für die Passagiere, sofern er nicht erweislich schuldbarer Weise gefährliche Leute aufgenommen und die Aufsicht über dieselben unterlassen hat — ex recepto dagegen unbedingt. Dieser Unterschied ist von keiner grossen praktischen Tragweite und bei dem reinen Gütertransport ohne Gegenstand.

3. Ex locato haftet der Frachtfahrer nur für diligentia in custodiendo nach dem Maassstab des diligens paterfamilias, — dagegen ex recepto ist er, vermöge der noch besonders übernommenen custodia, zur Anwendung auch ausserordentlicher, durch die Umstände irgend indizirter Vorsichtsmaassregeln verpflichtet und haftet schlechthin, sofern nur deren Unterlassung die Beschädigung oder Entwendung ermöglicht hat. Im entgegengesetzten Falle ist auch er frei. S. 448, 449 sind einige Beispiele angeführt, aus denen sich die Grenze zwischen der beschränkten und der umfassenderen Haftung ersehen lässt. Einen anderen hierher gehörigen Fall hat das O.A.G. zu Lübeck in dem Urtheil vom 30. März 1858 entschieden (Zeitschr. f. d. g. H. I S. 574 ff.). Allein bei unbefangener Betrachtung darf nicht verkannt werden, dass diese Grenzlinie eine überaus schwankende ist, und dass dem praktischen Bedürfniss mit der Haftung für diligentia sicherlich genügt wäre. So ist z. B. bei Berathung des Entwurfs eines deutschen Seerechts in der Hamburger Subkommission ohne Widerspruch folgender Satz aufgestellt (Prot. S. 2286, 2287). »Der Schiffer liefert unverletzte Theekisten mit stinkendem, also beschädigtem Thee ab. Es wird ihm bewiesen, dass der Thee bei der Abladung unbeschädigt war, und dass er durch die Nachbarschaft einer anderen Kiste infizirt wurde, in welcher sich innerlich schlecht verpackte Apothekerwaaren befanden, welche fälschlich als Kaufmannsgüter erklärt worden waren. Dabei steht fest, dass weder den Schiffer noch seine Mannschaft irgend ein Verschulden trifft. Der Kaufmann hat in solchem Falle unbezweifelt ein Recht gegen den Schiffer aus dem receptum; dagegen haftet ihm weder der Assekuradeur, noch hilft ihm seine Klage gegen den Ablader der Apothekerwaaren, wenn dieser persönlich seine Unschuld an der falschen Deklaration beweist, oder wenn er insolvent ist. Dies ist einer von den vielen Fällen, in welchen das Gut wirklich ohne Schuld des Schiffers durch einen von ihm ex recepto zu vertretenden Zufall beschädigt wird.«

Ich möchte bezweifeln, dass sich viele solche Fälle aufführen lassen, sie wären aber jedenfalls, nach den in dieser Abhandlung entwickelten Grundsätzen, im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden[1]. Alle Billigkeit spricht dagegen, hier den Schiffer haften zu lassen, oder doch weiter als auf Cession seiner Klage gegen den Ablader der Apothekerwaaren. Ist dieser insolvent, so trifft der Schaden als Zufall den Eigenthümer resp. Käufer der Theekiste. Ist der Ablader an der falschen Deklaration unschuldig, so tritt dasselbe ein, bis auf die etwa mögliche Cession der Klage gegen den Schuldigen. Auch die aquilische Klage direkt gegen den Schuldigen würde dem Beschädigten hier zustehen. Ein praktisches Bedürfniss, noch weiter zu gehen, ist schwerlich anzuerkennen.

Prüfen wir nun die neuesten legislativen Arbeiten, so ergibt sich klar, wie wenig man bei der Ausdehnung der Theorie des receptum auf den Landtransport die praktische Tragweite dieser Neuerung übersah.

I. Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg (1839) bestimmt:

> Art. 111. Der Fuhrmann haftet für jeden Schaden an dem ihm anvertrauten Gute, wenn derselbe nicht durch höhere Gewalt, durch die eigenen Mängel des Guts oder durch die Schuld des Versenders erweislich entstanden ist und — was die beiden ersten Fälle anlangt — bei gehöriger Vorsicht nicht abgewendet werden konnte.
>
> Art. 120. Ist die Ablieferung des Guts wegen höherer Gewalt nicht innerhalb der bedungenen Zeit geschehen, so ist der Fuhrmann für den Verzug keine Entschädigung schuldig. —
>
> Art. 122. Ist der einzuschlagende Weg vorgeschrieben, so trägt der Fuhrmann alle Gefahr, wenn er, ohne durch höhere Gewalt gezwungen zu sein, davon abweicht. —

---

[1] Vgl. auch über diesen Fall Pardessus, Cours de droit com. Nr. 545. Württemb. Entw. Motive S. 117. Erster (ministerieller) Entw. eines österr. Handelsrechts § 180. Revidirter österr. Entw. § 181; Fischer, Preussens kaufmännisches Recht S. 257.

Art. 127. Alle im gegenwärtigen Kapitel enthaltenen Verfügungen gelten auch den Schiffern. Sie gelten ferner den Landboten, Landkutschern und öffentlichen Posten, soweit nicht die Gesetze bei diesen letzteren etwas Anderes bestimmen. Sie können im Wege des Vertrags auch auf solche Fuhrleute Anwendung finden, welche andere als Kaufmannsgüter zur Fuhre übernehmen, ohne gewerbsmässige Frachtfahrer zu sein.

In den Motiven (Stuttgart 1840) S. 116, 117 wird ausgeführt, dass man dem holländischen Handelsgesetzbuch Art. 91 gefolgt sei; dass man nicht den Ausdruck »unvermeidlichen Zufall« gewählt habe, »weil eine solche zweideutige Bestimmung nur zu Zweifeln bei der Anwendung und zu einem verwickelten Beweisverfahren führe — und weil wieder Ausnahmen hätten gemacht werden müssen, z. B. wenn die Entwendung von den Leuten des Fuhrmanns oder seinen Reisegefährten oder von Leuten herrührt, welche mit ihm in einem Gasthof zusammen waren etc. Zudem kommt in Betracht, dass die Fracht eine doppelte Eigenschaft hat (?). einmal als Entschädigung für Fuhrlohn und dann als Assekuranzprämie«. »Unter ‚höherer Gewalt' wird verstanden jede durch natürliche, thierische oder menschliche Kräfte hervorgebrachte unwiderstehliche Gewalt. Es muss demnach ein von Aussen kommendes, überwältigendes Ereigniss sein, nicht ein inneres, in der Person des Fuhrmanns sich ergebendes, z. B. plötzliches Erkranken oder Tod.« »War der Schaden mehr oder weniger bei gehöriger Vorsicht vermeidlich, so kann sich der Fuhrmann nicht mit der höheren Gewalt oder den eigenen Mängeln entschuldigen.«

II. Uebereinstimmend mit Code de commerce art. 103 lautet der nassauische Entwurf Art. 30 (nach St. Joseph, Concordance p. 318).

III. Der Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland (1849) (sog. Reichshandelsgesetzbuch) tit. V enthält folgende einschlägige Vorschriften:

Art. 42. Für Verlust und Schaden, welche das Gut von der Empfangnahme bis zur Ablieferung am Bestimmungsorte treffen, ist der Frachtführer verant-

wortlich, wenn er nicht beweist, dass er sie durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht würde haben abwenden können.

Art. 43. Für die verspätete Ablieferung des Gutes ist der Frachtführer verantwortlich, wenn er nicht beweist, dass er die Verzögerung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht würde haben vermeiden können.

Art. 44. Der Frachtführer haftet für seine Leute und für den Zwischenfrachtführer, welcher ihm nicht vorgeschrieben war.

Art. 49. Die Bestimmungen dieses Abschnitts finden Anwendung auf Unternehmer von Beförderungsmitteln jeder Art, welche dem Publikum öffentlich zur Benutzung dargeboten werden, unbeschadet der Vorschriften, welche in den besonderen Reglements enthalten sind.

Nach Art. 50 auch auf den nicht gewerbsmässigen entgeltlichen Transport von Kaufmannsgütern, nach Art. 52 jedoch nicht auf den Seetransport.

Der Ausdruck »höhere Gewalt« kommt nicht vor. Die Motive S. 216 brauchen diesen Ausdruck als durchaus identisch mit Zufall. »In Betreff der Verantwortlichkeit des Frachtführers für Verlust und Schaden an dem übernommenen Gute und für verspätete Ablieferung desselben sagen die meisten Gesetzbücher, dass er sich nur durch den Beweis des Zufalls oder der höheren Gewalt von der Verantwortlichkeit befreien könne. Zufall oder höhere Gewalt ist jedes Ereigniss, welches durch Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte.« Die Verfasser des Entwurfs glauben offenbar in völligem Einklag mit den in den Motiven zitirten französischen und übrigen modernen Handelsgesetzbüchern zu stehen. Die Motive zu Art. 27, 28, 29 von der Spedition, auf welche hier verwiesen wird (S. 209), sagen: »Als Schuldner einer species trifft ihn die Beweislast, und er kann die Verantwortlichkeit nur dadurch von sich abwenden, dass er darthut, dass die Verzögerung oder der Schaden durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt nicht abzuwenden gewesen. Dieses ist es, was die Gesetze ausdrücken wollen, wenn sie sagen, dass der Spediteur für die Verzögerung und für

Verlust und Schaden hafte, wenn er nicht beweise, dass sie durch höhere Gewalt entstanden oder dass sie die Folge eines Zufalls seien.«

Während so der württembergische Entwurf mit dem Ausdruck »höhere Gewalt« einen höheren Grad des Zufalls zu bezeichnen glaubt und bezweckt, will der Reichshandelsgesetzentwurf, abgesehen von Art. 44, für keine Art des Zufalls, niemals über culpa hinaus, haften lassen. Die Regeln des Reichshandelsgesetzentwurfs sind also die des gemeinen Rechts nach den Prinzipien der locatio conductio operis, aber mit der gewohnheitlichen Verschärfung hinsichtlich der Dienstleute und der nicht hierhergehörigen legislativen Verschärfung betreffs der sog. Zwischenfrachtführer. Und doch scheint es, dass die Redaktoren des Reichshandelsgesetzentwurfs nur die Theorie des receptum anzuwenden glaubten!

IV. Sehr klar ist diese Differenz über die Auffassung unseres Instituts in den Vorarbeiten zu dem noch in Berathung befindlichen deutschen Handelsgesetzbuch hervorgetreten.

Es gehören hierher der erste (ministerielle) und der zweite (revidirte) Entwurf eines österreichischen Handelsrechts; ferner der (erste) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten (1856), der revidirte (zweite) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten (1857) und die auf Grundlage des letzteren entstandenen Entwürfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs erster (1857) und zweiter (1858) Lesung, sowie die veröffentlichten Berathungsprotokolle und Motive. Von den seerechtlichen Normen liegen zur Zeit nur die zwei preussischen Entwürfe und der erste Entwurf der hamburgischen Subkommission vor.

Die Vorschriften der beiden österreichischen Entwürfe lauten dahin:

Erster österr. Entwurf.	Zweiter österr. Entwurf.
§ 174. Der Frächter ist sowohl für sein und seiner Dienstleute Verschulden (§§ 970, 1316 a. b. G.B.) als auch für jenes weiterer Frächter, welche ihm nicht namentlich vorgeschrieben sind, aber nicht für den Zufall verantwortlich. —	§ 176. Inwieferne der Frächter sowohl für sein und seiner Dienstleute Verschulden als auch für jenes weiterer Frächter, welche ihm nicht namentlich vorgeschrieben sind, oder für den Zufall verantwortlich sei, bestimmen die §§ 970, 1316 und 1311 des allg. bürg. G.B.

§ 180. Der Frächter haftet für eine dem angegebenen Inhalt angemessene Sorgfalt; für Schaden aus der inneren Beschaffenheit der Waare oder aus solchen Mängeln der Verpackung, welche er bei der Uebernahme nicht wahrzunehmen im Stande war, ist er nicht verantwortlich; ebensowenig für Beschädigung durch fremde Frachtstücke, deren wahrer Inhalt ihm nicht bekannt sein konnte.

§ 181. Der Frächter haftet für die Anwendung der dem angegebenen Inhalt der Frachtstücke angemessenen Sorgfalt; für einen aus der inneren Beschaffenheit der Waare oder aus solchen Mängeln der Verpackung, welche er bei der Uebernahme nicht wahrnehmen konnte, entstandenen Schaden ist er nicht verantwortlich; ebensowenig u. s. f. (wie nebenstehend).

§ 181. Frachtstücke, welche er auf solche Art verwahrt übernommen hat, dass er deren Inhalt nicht einsehen konnte, hat er nur in äusserlich unbeschädigtem Zustande zu übergeben. Im Falle des gänzlichen Verlustes oder einer wahrgenommenen Eröffnung, welche nicht als zufällig erwiesen werden kann, haftet er nur für den Inhalt und Werth, der ihm bezeichnet war.

§ 182. Bei Frachtstücken, welche er auf solche Art verwahrt übernommen hat, dass er deren Inhalt nicht einsehen konnte, haftet er nur dafür, dass er sie in äusserlich unbeschädigtem Zustand übergebe. Sind die Frachtstücke gänzlich in Verlust gerathen, oder hat eine Eröffnung der Verpackung stattgefunden, so haftet der Frächter für den Verlust oder Abgang, dessen zufällige Entstehung er nicht erweist; fällt ihm eine vorsätzliche Beschädigung oder ein grobes Verschulden zur Last, so hat er den vollen abgängigen, ausserdem aber nur den ihm angegebenen Werth zu ersetzen. —

§ 192 (193) behalten die bestehenden besonderen Vorschriften hinsichtlich der Versendungen über Meer, durch Posten und Staatseisenbahnen vor. Der Transport zu Wasser fällt im Uebrigen unter die vorstehenden Bestimmungen, nach § 166 (168).

Die beiden preussischen Entwürfe und der Nürnberger Entwurf erster und zweiter Lesung enthalten folgende Bestimmungen:

Erster preuss. Entwurf.	Revid. preuss. Entwurf.	Erster deutscher Entwurf.	Zweiter deutscher Entwurf.
§ 327. Der Frachtführer haftet für die verspätete Ablieferung, sowie für Verlust und Schaden, welche das Gut von der Empfangnahme bis zur Ablieferung am Bestimmungsorte treffen, wenn er nicht beweist, dass er die Verzögerung oder den Verlust oder die Beschädigung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht würde haben abwenden können.	§ 310. Der Frachtführer haftet für Verlust und Beschädigung des Guts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung, wenn er nicht beweist, dass er den Verlust oder die Beschädigung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht würde haben abwenden können.	§ 335. Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Guts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch unabwendbare höhere Gewalt oder durch inneren Verderb oder äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist.	§ 371. Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder etc. (wie § 335 erster Lesung).
		§ 336. Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Versäumung der bedungenen oder üblichen Lieferungszeit entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass er die Verspätung durch Anwendung der Sorgfalt eines	§ 372 = § 336 erster Lesung.

		ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können.	
§ 330. alin. 1. Der Frachtführer haftet für seine Leute und für den Zwischenfrachtführer, welcher ihm nicht vorgeschrieben war.	§ 313. alin. 1. Der Frachtführer haftet für seine Leute und für den Zwischenfrachtführer, welcher nicht vorgeschrieben war.	§ 338. Der Frachtführer haftet für die Ausführung des von ihm übernommenen Transports, gleichviel, ob er ihn selbst oder ob er ihn durch seine Leute oder durch andere Personen ausführt.	§ 374. Der Frachtführer haftet für seine Leute, für die Zwischenfrachtführer und für andere Personen, deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient.
§§ 319, 336 =	§§ 306, 326 =	§§ 331, 357 =	§§ 367, 394

bestimmen, dass die vorstehenden Regeln auch für den Transport auf Flüssen, Binnengewässern, durch Eisenbahn- und andere öffentliche Transportanstalten gelten sollen. Art. 394 des zweiten deutschen Entwurfs behält jedoch die besonderen abweichenden Gesetze und Verordnungen der Postanstalten vor. § 326 des revidirten preussischen Entwurfs wollte diese Sätze auch auf den Transport durch Leichterfahrzeuge und Küstenschiffe ausdehnen.

Die einschlägigen seerechtlichen Vorschriften der beiden preussischen Entwürfe und des ersten hamburgischen Entwurfs lauten den vorangeführten über den Binnentransport wesentlich gleich:

Erster preuss. Entwurf.	Revidirter preuss. Entwurf.	Deutscher Entwurf erster Lesung.
§ 471. Der Schiffer haftet nicht nur dem Rheder, sondern auch dem Ablader und Ladungsempfänger für jeden durch seine Unredlichkeit oder durch	§ 433. Der Schiffer haftet — für jeden durch sein Verschulden beim Einladen, bei der Führung des Schiffs oder beim Löschen entstandenen Schaden.	§ 457. Der Schiffer ist verpflichtet, bei allen Dienstverrichtungen den Fleiss und die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers anzuwenden. Er haftet für jeden durch

sein Verschulden beim Einladen oder bei der Führung des Schiffs entstandenen Schaden. —		sein Verschulden entstandenen Schaden, insbesondere für den Schaden, welcher aus der Verletzung der in den Art. 434—441, 443—445, 455 ihm auferlegten Pflichten entsteht. — Die Haftung des Schiffers besteht nicht nur gegenüber dem Rheder, sondern auch gegenüber dem Befrachter, Ablader und Ladungsempfänger, dem Bodmereigläubiger, dem Schiffsmann und Passagier. —
§ 532. Wenn dem Schiffer Güter übergeben werden, deren Beschädigung, schlechte Beschaffenheit oder schlechte Verpackung sichtbar sind, so kann er diese Mängel in dem Konnossement bemerken. Werden dem Schiffer Güter in der Verpackung oder in geschlossenen Gefässen übergeben oder nicht zugezählt, zugewogen, zugemessen, so kann er in dem Konnossement bemerken, dass ihm der Inhalt, die Zahl oder das Maass und Gewicht nicht bekannt sei.	§ 485 = § 532 des ersten Entwurfs.	§ 524. Wenn dem Schiffer Güter übergeben werden, deren Beschädigung, schlechte Beschaffenheit oder schlechte Verpackung sichtbar sind, so ist er verpflichtet, diese Mängel in dem Konnossement zu bemerken. Werden ihm Güter in der Verpackung oder in geschlossenen Gefässen übergeben, so kann er in dem Konnossement bemerken, dass ihm der Inhalt nicht bekannt sei. Desgleichen kann er in dem Konnossement bemerken, dass ihm Zahl, Maass oder Gewicht nicht bekannt sei, es sei denn, dass die im Konnossement nach Zahl,

		Maass oder Gewicht bezeichneten Güter ihm zugezählt, zugemessen oder zugewogen sind.
§ 544. Die Ablieferung der Frachtgüter an den Ladungsempfänger muss nach dem Inhalte des Konnossements erfolgen. Der Schiffer ist verpflichtet, für jeden Verlust und jede Beschädigung aufzukommen, sofern er nicht nachweist, dass sie durch einen äusseren Zufall oder durch inneren Verderb ohne sein und der Schiffsmannschaft Verschulden entstanden sind.	§ 496 = § 544 des ersten Entwurfs.	§ 544. Die Ablieferung der Güter an den Empfänger muss nach dem Inhalt des Konnossements erfolgen. Der Verfrachter haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung der Güter seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch inneren Verderb oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist.
§ 545. Wenn der Schiffer das Konnossement mit dem Vermerk »Inhalt unbekannt« gezeichnet hat und die Verpackung oder die Gefässe, in welchen ihm die Güter übergeben wurden, äusserlich unverletzt sind, so muss der Empfänger, um denselben wegen Beschädigung der Güter in Anspruch zu nehmen, sein oder der Schiffsleute Verschulden darthun.	§ 497 = § 545 des ersten Entwurfs.	§ 545. Wenn das Konnossement den Zusatz »Zahl, Maass oder Gewicht unbekannt« oder einen gleichbedeutenden Zusatz enthält, so hat der Verfrachter die Richtigkeit der Angaben des Konnossements über Zahl, Maass oder Gewicht der übernommenen Güter nicht zu vertreten. — § 546. Die Aufnahme des Zusatzes »Inhalt unbekannt«

Ebenso haftet der Schiffer bis zum Beweise seines oder der Schiffsleute Verschuldens nicht für Zahl, Maass oder Gewicht oder für Bruch oder Leckage, wenn er das Konnossement mit dem Vermerk »Zahl, Maass oder Gewicht unbekannt« oder »frei von Bruch« oder »frei von Leckage« gezeichnet hat.

oder eines gleichbedeutenden Zusatzes hat ausserdem die Wirkung, dass, wenn die Verpackung oder die Gefässe, in welchen die Güter dem Schiffer übergeben wurden, bei der Ablieferung äusserlich unverletzt sind, von dem Empfänger der Beweis geführt werden muss, nicht allein dass der Schiffer den im Konnossement angegebenen Inhalt empfangen habe, sondern auch, im Fall der Verfrachter wegen Beschädigung der Güter in Anspruch genommen wird, dass die Beschädigung in einem Verschulden des Schiffers oder einer Person sich gründe, für welche der Verfrachter verantwortlich ist.

Ist das Konnossement von dem Schiffer mit dem Zusatze »frei von Bruch« oder »frei von Leckage« oder »frei von Beschädigung« oder mit einem gleichbedeutenden Zusatz versehen, so haftet der Verfrachter bis zum Beweis des Verschuldens des Schiffers oder einer Person, für welche der Verfrachter verantwortlich ist, nicht für

Bruch oder Leckage oder Beschädigung.

§ 547. Für Kostbarkeiten, Gelder und geldwerthe Papiere haftet der Verfrachter nur in dem Fall, wenn diese Beschaffenheit oder der Werth der Güter dem Schiffer bei der Abladung angegeben ist.

§ 581. Der Schiffer haftet für jeden Verlust und jede Beschädigung an den ihm oder den Schiffsleuten übergebenen Reiseeffekten, wenn er nicht nachweist, dass solche ohne sein und seiner Leute Verschulden entstanden ist.

§ 533. Der Schiffer haftet für jeden Verlust und jede Beschädigung an den von ihm oder den Schiffsleuten zur Aufbewahrung übernommenen Reiseeffekten, wenn u. s. f. (wie § 581 erster Lesung).

§ 585. Auf die an Bord gebrachten Reiseeffekten finden die Vorschriften der Art. 495, 532, 533 Anwendung. Sind dieselben von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommen, so gelten für den Fall ihres Verlustes oder ihrer Beschädigung die Vorschriften der Art. 544 Abs. 2, 547, 548, 549.

Alle diese Entwürfe stimmen darin überein, dass den Frachtfahrer (zu Lande, auf Binnengewässern oder zur See) unter allen Umständen die Beweislast trifft; dass er schlechthin für seine Leute (und für die Zwischenfrachtführer) einsteht. Auch die Motive des preussischen Entwurfs und die Berathungsprotokolle der Nürnberger Kommission enthalten über diese wohl für selbstverständlich erachteten Punkte nichts. Dagegen sind folgende Verschiedenheiten bemerkenswerth:

1. Der erste preussische Entwurf § 327 stellt den Verzug des Frachtführers mit dem Verlust und der Beschädigung der Ladung auf eine Linie; der revidirte preussische Entwurf schweigt über diesen Punkt ganz. Der deutsche Entwurf erster und zweiter Lesung dagegen behandelt den Verzug milder als Verlust und Beschädigung der Ladung — aus

Billigkeitsgründen [1], »weil es gemeinhin leichter sein werde, gegen Beschädigung und Untergang der Waare vorzusehen als gegen eine Verzögerung der Reise«, auch für die Fälle, wo eine Konventionalstrafe bedungen ist.

2. Noch bemerkenswerther ist die Differenz hinsichtlich derjenigen Umstände, deren Erweis bei Verlust oder Beschädigung der Waare den Frachtfahrer befreien solle. Der preussische Entwurf erachtet beim Binnentransport »Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers« für genügend; dagegen erfordert er beim Seetransport, abgesehen von befreienden oder die Haftung beschränkenden Klauseln, »äusseren Zufall oder inneren Verderb ohne sein und der Schiffsmannschaft Verschulden«. Beim Passagierkontrakt soll wiederum Abwesenheit jeder Verschuldung genügen, und auch nur für Verschulden macht der allgemeine § 471 (433) verantwortlich. Der deutsche Entwurf verlangt für den Binnentransport den Nachweis »(unabwendbarer) höherer Gewalt (vis major) oder inneren Verderbs oder äusserlich nicht erkennbarer Mängel der Verpackung«, und Gleiches ist von der hamburger Subkommission für den Seetransport beschlossen worden (Protok. S. 2255, 2256, Entw. erster Lesung §§ 544, 585).

Diese Differenz beruht nun aber keineswegs, wie es den Anschein hat, auf einer verschiedenartigen Anschauung über die Anwendbarkeit der actio de recepto auf den Landtransport, sondern, wie schon oben angedeutet wurde und die Abweichung in den betreffenden seerechtlichen Bestimmungen des preussischen Entwurfs darthut, auf Unklarheit über den wahren Inhalt unseres Instituts.

Die betreffenden Sätze des ersten preussischen Entwurfs wurden in der berathenden berliner Sachverständigenkommission ohne alle Diskussion angenommen; nur zu Art. 581 findet sich in den Protokollen die Bemerkung, dass die Regel nicht auf alle von den Passagieren eingebrachten, sondern nur auf die wirklich dem Schiffer oder den Schiffsleuten übergebenen Sachen anwendbar sei, und dass die Uebernahme seitens der Schiffsleute nur auf Geheiss des Schiffers geschehen dürfe [2].

---

[1] Prot. S. 798, 801—803, 1229, 1230. Vgl. oben S. 407 Note 3.

[2] Protokolle über die Berathungen mit kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen; betr. den Entwurf eines Handelsgesetzbuches f. d.

In den Motiven zum revidirten preussischen Entwurfe zu § 310 (S. 171) heisst es nach einer kurzen Darstellung der einschlägigen Vorschriften des bestehenden preussischen Rechts: »Es unterliegt wohl keinem Bedenken, dass die Bestimmungen und Unterscheidungen des allg. Landrechts ebenso unzweckmässig als unzulässig sind, und dass die strengere, mit den Grundsätzen der gemeinrechtlichen actio de recepto übereinstimmende Haftpflicht des Schiffers dem bei sämmtlichen Frachtführern eintretenden praktischen Bedürfnisse allein entspricht. Die neueren Handelsrechte machen auch übereinstimmend den Frachtführer für alle Verluste und Beschädigungen des Guts verantwortlich, nur mit Ausnahme derjenigen, welche von höherer (unabwendbarer) Gewalt oder von eigenen Mängeln der Sache herrühren (vgl. französ. H.G.B. Art. 103 etc.). Der vorliegende Artikel hat sich in der Fassung dem Entwurfe eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland (Tit. V. Art. 42) angeschlossen, welcher denselben Satz mit einer grösseren Präzision ausdrückt und zugleich den nicht unzweideutigen Ausdruck ‚höhere Gewalt' (damnum fatale; vgl. Pöhls Handelsrecht I. S. 146) vermeidet.« In den Motiven zum Seerecht § 433 wird sodann bemerkt, dass der Schiffer für geringes Versehen einstehen müsse (S. 240). Zu § 485: »Auch wenn über den Zustand der Waare nichts im Konnossement bemerkt ist, gilt die Vermuthung, dass sie bei der Abladung unversehrt und gesund war, und wenn der Schiffer sie beschädigt abliefert, muss er beweisen, dass die Beschädigung durch äusseren Zufall oder inneren Verderb entstanden ist« (S. 265). Zu §§ 496, 497: »Ueber die Verhaftung des Schiffers für die ihm anvertrauten Frachtgüter hat schon das römische Recht in der Lehre vom receptum eigenthümliche Grundsätze ausgebildet (Arndt, Pandekten § 289). Abweichend von allgemeinen Regeln musste der Schiffer unbedingt für die Handlungen seiner Leute aufkommen. Er musste, wenn er die ihm anvertrauten Sachen nicht restituiren konnte, unter allen Umständen selbst den Nachweis führen, dass fremde Gewaltthat oder reiner Zufall den Verlust verursacht hatten. Diese Grundsätze sind aus

preuss. Staaten. Berlin 1856. (Als Manuskript gedruckt.) S. 91, 92, 125, 137, 139, 145.

dem Bedürfniss des Verkehrs entstanden und desshalb auch in die neueren Gesetzgebungen (A.L.R. II 8 §§ 1734, 1735) übergegangen. Der Entwurf schliesst sich ihnen an. Die Norm für die Ansprüche des Ladungsempfängers gibt das Konnossement. Was der Schiffer im Konnossement empfangen zu haben bekennt, muss er wieder abliefern, und bei jedem Verlust und jeder Beschädigung den Nachweis führen, dass sie ohne sein Verschulden, also durch einen äusseren Zufall oder durch inneren Verderb entstanden sind« (S. 272). Zu § 533: »Schon das röm. Recht verpflichtete den Schiffer zu einer besonders strengen Haftung für die Güter der Reisenden (vgl. zum Art. 496). Er musste für jeden Verlust und Schaden aufkommen, wenn er nicht nachweisen konnte, dass solche durch eigene Schuld des Reisenden oder durch fremde Gewaltthat oder durch reinen Zufall entstanden war. Diese Regel ist auch heute noch anwendbar. Der Entwurf nimmt sie desshalb in Uebereinstimmung mit dem A.L.R. II 8 §§ 1760, 1761, jedoch mit der Modifikation auf, dass die Güter, für welche der Schiffer in solcher Weise aufkommen soll, nicht bloss in das Schiff eingebracht, sondern auch dem Schiffer zur Aufbewahrung übergeben sein müssen etc.« (S. 287).

Diese Zusammenstellung ergibt, dass die Redaktoren des preussischen Entwurfs für alle Fälle des Transportsvertrags durchaus die gleichen Grundsätze, und zwar die strengen Regeln des receptum angewendet wissen wollten; dass die sehr verschiedene Fassung der §§ 310, 433, 496, 497, 533 nur auf einer Unachtsamkeit der Redaktion beruht, und dass die Haftung ex recepto dahin verstanden ward, dass der Schiffer für jede eigene und seiner Leute Schuld unter Beweislast der Nichtschuld aufzukommen habe: dass also die Ausdrücke »äusserer Zufall oder innerer Verderb«, »fremde Gewaltthat oder reiner Zufall« nur den Gegensatz zur Schuld des Schiffers und der Mannschaft bilden sollen. Es wären also in der That nicht die Grundsätze des receptum, sondern allgemein die nach unsern obigen Erörterungen im heutigen gemeinen Recht auch für den Landfrachtverkehr geltenden Regeln adoptirt worden, und sicherlich höchst zweckmässig, da für die praktisch nur unerheblich strengere Haftung ex recepto kein Verkehrsbedürfniss nachweisbar sein dürfte. Die Haftung für Delikte der Passagiere wäre dadurch freilich ganz ausgeschlossen;

allein diese Restriktion wäre wenigstens dann ohne wesentliche Bedeutung, wenn ohnehin nur für zur Aufbewahrung übergebene Reiseeffekten eingestanden werden soll (Pr. Entwurf § 533), da die Entwendung oder Beschädigung solcher besonders übernommenen Güter nicht leicht ohne Verletzung der dem Schiffer obliegenden custodia möglich ist, derselbe also im Falle der Verletzung ohnehin einstehen würde.

Bei den Konferenzberathungen zu Nürnberg und Hamburg ging man von anderen Gesichtspunkten aus. Man erkannte alsbald, dass die Regeln des preussischen Entwurfs nicht der wahren Theorie des receptum entsprechen; man glaubte diese als die strengere adoptiren zu müssen und nahm daher die üblichen Ausdrücke »unabwendbare, höhere Gewalt«, »vis major« auf. Die Diskussion drehte sich, nach den Protokollen, nur darum, ob die Land- und sonstigen Binnenfrachtfahrer den (See-)Schiffern gleich zu behandeln seien, wofür sich insbesondere die kaufmännischen Mitglieder erklärten. Auf den Begriff der höheren Gewalt wurde dabei gar nicht eingegangen; man erachtete es für selbstverständlich, dass ex recepto auch für den »Zufall, Fälle der höheren Gewalt ausgenommen« eingestanden werde (Prot. S. 793—795, vgl. auch S. 801—803). Auch in zweiter Lesung wurde auf diese Frage nicht weiter eingegangen, sondern nur die Streichung des Wortes »unabwendbare« beschlossen, »weil die jetzige Fassung zu Härten führe und missdeutet werden könne, auch zu Streitigkeiten über die Beweislast führe«, dagegen die Einschaltung der Worte »vis major« in Parenthese beliebt (Prot. S. 1229). Eine tiefere Begründung ist überall zu vermissen. — Bei der Berathung des Seerechts ward zunächst der Art. 433 des pr. Entwurfs in einer etwas modifizirten Fassung, doch unter Beibehaltung des Prinzips, angenommen (Prot. S. 1928—1930); an Stelle des Art. 496 alin. 2 des ersten Entwurfs wurde die einfache Wiederholung des in der Nürnberger Konferenz festgestellten Art. 371 zweiter Lesung, »welcher die Prinzipien des römischen Rechts über das receptum sanktionire, die längst als geltendes Seerecht anerkannt und in den meisten neueren Seerechten wiederholt zur Geltung gekommen seien«, beschlossen (Prot. S. 2255, 2256); endlich das Prinzip des Art. 533 des pr. Entwurfs in einem wenig abweichend redigirten Paragraphen anerkannt (Prot. S. 2508—2511). Aus diesen Be-

schlüssen sind die oben mitgetheilten §§ 457, 524, 544—547, 585 des deutschen Seerechts-Entwurfs erster Lesung hervorgegangen.

Dem praktischen Bedürfniss würde die von mir in dem Gutachten über den deutschen Entwurf S. 113 vorgeschlagene Fassung der Art. 371, 544 entsprechen:

> »Der Frachtführer (Verfrachter) haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch Zufall, insbesondere durch inneren Verderb, oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder durch sonstiges Verschulden des Absenders entstanden ist« —

selbstverständlich unter Beibehaltung des im Seerecht besonders zu allegirenden Art. 374 zweiter Lesung. Die allgemeine Fassung dieser Vorschrift in Verbindung mit den oben mitgetheilten Art. 457 alin. 2 des Entwurfs erster Lesung würde auch die prätorischen Strafklagen umfassen, soweit solche noch anwendbar erscheinen, und durch das Verkehrsbedürfniss gerechtfertigt sind, nämlich auf einfachen Schadensersatz wegen Beschädigung der Passagiere und der Effekten, welche dieselben an sich tragen, durch Schiffer oder Schiffsleute. Vgl. oben S. 408—415, 452.

13.

ZUR

GESCHICHTE

DER

SEEVERSICHERUNG.

(1885.)

Die erste Verordnung des Magistrats von Barcelona über die Seeversicherung, erlassen am 21. November 1435 (Pardessus, Coll. V p. 493), will Betrügereien, Benachtheiligungen, Streitfragen abschneiden. Diesen sehr allgemeinen Zielen entspricht, obwohl von einer vollständigen Regelung des in zahlreichen Punkten nach wie vor der Uebereinkunft und dem Handelsgebrauch überlassenen Geschäfts weit entfernt, ihr mannigfaltiger Inhalt. So stellt sie zahlreiche, bereits 1436 (Pardessus V p. 502) modifizirte Beschränkungen der Versicherungsfreiheit im Interesse der einheimischen Rhederei auf; limitirt — was bereits 1436 aufgehoben, 1458 wiederhergestellt wurde (Pard. V p. 502, 507) — die Versicherung von Schiffen und Waaren auf Dreiviertel ihres Werthes; ordnet die mehrfache Versicherung, die Versicherung für fremde Rechnung; enthält Bestimmungen über die Form der Versicherungsverträge, die Fristen für Zahlung der Versicherungssumme, die Pflichten und die Courtage der Versicherungsmäkler nebst manchem Anderen.

Sie setzt so voraus ein bereits hoch entwickeltes Assekuranzgeschäft, dessen erste Anfänge geraume Zeit zurückliegen müssen. Die scharfsinnige Hypothese von Reatz[1], es sei »die Idee der Seeversicherung« frühestens in der Zeit von 1367 bis 1383 und zuerst in Portugal aufgekommen und verwirklicht, es habe sich dort oder in Barcelona aus der vom Könige Fernando errichteten Zwangsgenossenschaft portugiesischer Schiffsrheder auf Gegenseitigkeit das demnächst von den übrigen Mittelmeerstaaten, insbesondere den italienischen Handelsplätzen recipirte Institut der Prämienversicherung her-

[1] Geschichte des europäischen Seeversicherungsrechts, Th. I 1870, S. 13, 14, 40 ff., 56 ff., 169 ff.

ausgebildet, hat, wie kein äusseres Zeugniss, so geringe innere Wahrscheinlichkeit für sich. Die Schicksale des portugiesischen Zwangsversicherungs-Instituts, über welches einzig die um 1434 verfasste Chronik des Fernão Lopez[1] berichtet, sind völlig unbekannt, und es war mindestens im sechzehnten Jahrhundert der angeblich portugiesisch-spanische Ursprung der Seeversicherung so durchaus in Vergessenheit gerathen, dass der erste Schriftsteller, welcher eine zusammenhängende Darstellung der Lehre gegeben hat, der Portugise Pedro de Santarem (Petrus Santerna) in seinem 1552 zuerst gedruckten[2], wohl geraume Zeit vorher[3] geschriebenen Tractatus de assecurationibus et sponsionibus mercatorum die Versicherung eine »materia peregrina« nennt (p. I No. 3) und unter den Assekuranzplätzen, freilich seiner Zeit, Barcelona nicht einmal hervorhebt. Die abgestufte Gefahrsprämie aber, welche, nach Reatz, angeblich nur einer in Portugal zuerst in grösserem Maassstabe versuchten Unfallsstatistik entnommen sein kann, findet sich als Bestandtheil des Seedarlehnszinses von Alters her, wenn auch für die Zinshöhe vorwiegend die Dauer der Kapitalsnutzung in Betracht kommt. Die Zinshöhe schwankt z. B. nach den genuesischen Seedarlehnsurkunden der Jahre 1155—1164[4] zwischen 25—33 1/3 %, während das gleichzeitige constitutum usus von Pisa (1161) rub. XXV, vgl. XXIV, für das gesellschaftlich modifizirte pisanische Seedarlehen sogar einen nach der durchschnittlichen Reisedauer

---

[1] Pardessus, Coll. de lois marit. VI p. 302 ff.; Reatz I S. 42 ff.

[2] »Nunc primum in lucem datus«. Venetiis apud Baltassarem Constantinum. Exemplare der ed. princeps befinden sich im Besitz des Mr. Cornelius Walford in London, dessen Güte ich die Einsicht verdanke, und in der Wiener Hofbibliothek. Von einer in Portugal erschienenen ersten Ausgabe (so E. Cauvet, Traité des assurances maritimes I, Paris 1879, p. XXV — ohne Angabe des Datums) findet sich zur Zeit keine Spur.

[3] Nach Barbosa, Bibliotheca Lusitana t. III (Lisboa 1752 ff.) p. 617, hat Santerna gegen Ende der Regierung Königs Manuel (1495—1521) gelebt; die von Barbosa citirten Schriften enthalten keine näheren Angaben. Im Tractatus nennt Santerna den Jason Maynus († 1519) »quidam modernus«, citirt aber doch schon die sylva nuptialis des, nach Pancirolus, 1540 verstorbenen Joannes de Nevizanis.

[4] Notular. des Giovanni Scriba in Monum. histor. patr. Chart. II, col. 301 ff. Auszüge daraus bei Schröder, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausg. von Endemann, Bd. IV Abth. 1 S. 240 ff.

bemessenen subsidiären gesetzlichen Tarif von 8 den. bis 7 sol. per libram, d. h. von $3^1/_3$—35 % für die Reise aufstellt[1].

Das von Reatz völlig übergangene Seedarlehen »instar cuius assecuratio inventa est« (Straccha, Tr. de assecurationibus [Venet. 1569] gl. 15, No. 2) bildete, neben der commenda bezw. societas maris, das wichtigste Spekulationsgeschäft der Mittelmeerländer und enthält ein Assekuranzelement als integrirenden Bestandtheil. Da der Darlehensgeber dem Spekulanten die Seegefahr des Unternehmens abnimmt, so lässt sich die Seedarlehenssumme als anticipirte Versicherungssumme — je nachdem für die Ladung oder für das Schiff — bezeichnen. Da jedoch der Darlehensgeber bei Eintritt des Seeunfalls nicht allein das Kapital, sondern auch die zugesicherten Zinsen einschliesslich der in diesen liegenden Gefahrsprämie einbüsst, somit gegen blosse Gewinnhoffnung die Gefahr auf sich nimmt, so fehlt noch das charakteristische Moment der Assekuranz: das definitive Opfer des Spekulanten als Entgelt für die Abwälzung des befürchteten Schadens auf ein anderes Vermögen.

Soll aus dem Seedarlehen als solchem die Prämienversicherung hervorgehen, so muss einerseits die Versicherungssumme nicht vorschussweise, sondern erst nach Eintritt des Unfalls gezahlt, andererseits die von den Gebrauchszinsen losgelöste Gefahrsprämie schlechthin von dem Spekulanten geschuldet oder gar im Voraus entrichtet werden.

Nach der letzten Seite scheint die Entwicklung sich nur sehr allmälig vollzogen zu haben, derart, dass der ursprüngliche Versicherungsvertrag formell oder doch materiell die Gestalt zweier bedingter Sponsionen trug: A. verspricht dem B. bei Eintritt des Seeunfalls Schadensersatz, B. dem A. unter der entgegengesetzten Bedingung einen Entgelt für die Gefahrsübernahme[2]. Indem die Gesetzgebung Vorausbezahlung der Prämie bei Abschluss des Vertrags vorschrieb (Verordnung von Barcelona 1435 c. XI), hat sie die wahre Asse-

---

[1] Bonaini, Stat. ined. di Pisa II p. 905. S. auch R. Wagner, Handbuch des Seerechts I (1884) S. 25 Not. 61 und allgemeiner: Molengraaff, De overeenkomst van verzekering: Rechtsgeleerd Magazijn d. I (Haarlem 1882), Bl. 422 Not. 3.

[2] Unten S. 510.

kuranz auch äusserlich sichtbar — und zwar nicht allein gegen die doch nur mögliche Wettassekuranz[1] — abgegrenzt.

Nach der ersten Seite ist die Entwicklung sicherlich gefördert worden durch die berühmte Dekretale Papst Gregor IX., c. Naviganti (c. 19 X. de usuris), somit zwischen 1227—1234 erlassen, welche den Seedarlehenszins und damit das ganze Seedarlehensgeschäft als wucherisch untersagt: Naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniae quantitatem, pro eo quod suscipit in se periculum, recepturus aliquid ultra sortem, usurarius est censendus[2]. Dass hieran mit Ille quoque ein Fall nichtwucherischen Handelns (non debet ex hoc usurarius reputari) schliesst, mag auf einer ungeschickten Redaktion, möglicher Weise einer Verkürzung des ursprünglichen Textes, beruhen — vielleicht betrifft das quoque die in diesem zweiten wie in dem ersten Falle ursprünglich aufgeworfenen Zweifel, etwa De illo quoque dubitatur etc. — fällt aber, gegenüber der allein beglaubigten Lesart um so weniger in's Gewicht, als die letztere durch das maassgebende Zeugniss des Redaktors der Dekretalen bethätigt wird. Die zwischen 1234 und 1243, vielleicht schon 1235[3] geschriebene Summa des Raymundus de Peñafort erörtert lib. II tit. VII de usuris et pignoribus S. V die Frage, ob das Seedarlehensgeschäft erlaubt sei, und berichtet, dass von den beiden bisher vertretenen Meinungen die strengere, nämlich diejenige, welche die Erlaubtheit des Zinses verneint, welche er selbst billigt, jetzt ausdrücklich durch c. Naviganti sanktionirt sei[4] — vgl. den Wortlaut selbst in S. II eod., wo der zweite, auch zweifelhafte, aber entgegengesetzt entschiedene Fall erwähnt wird.

Wiewohl nun dem päpstlichen Verbot zuwider, welchem die Civilisten, theilweise sogar die Kanonisten durch subtile

---

[1] So Vivante im Archivio giuridico XXXII (1884) p. 92.

[2] Usurarius non est censendus will mit Aelteren lesen: Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland S. 17 ff. Not. 1; Matthiass, Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei, 1881, S. 56 betrachtet es »nach dem heutigen Stande der Forschung« als »nicht mehr zweifelhaft, dass das kanonische Recht das foenus nauticum von dem allgemeinen Zinsenverbote eximirte«. Desgl. Brinz, Pandekten II § 298 Not. 37. So jetzt auch Salvioli, L'assicurazione e il cambio marittimo, Bologna 1884, p. 259; dessen Berufung auf Endemann ist verfehlt.

[3] v. Schulte, Quellen und Literatur des kanonischen Rechts II S. 412.

[4] Sancti Raymundi de Pennafort — summa. ed. Veronae 1774 p. 210.

Distinktionen die Spitze abzubrechen suchten[1], sich das Seedarlehen, unter wachsender Konkurrenz des wirthschaftlich verwandten Bodmereivertrages[2], in der Praxis erhielt, so lag es doch nahe, die entgeltliche Gefahrsübernahme von dem Vorschussgeschäft zu sondern, sei es, dass letzteres, weil im gegebenen Falle entbehrlich, ganz hinwegfiel, sei es, dass ein anscheinend unverzinsliches Darlehen gegeben wurde, sei es, dass die Rollen von Darlehensgeber und Gefahrsübernehmer sich schieden.

War dazu einmal der Anstoss gegeben, so musste auf die Entwicklung der Prämienversicherung fördernd einwirken, dass der Assekuranzgedanke in mannigfacher, wenn auch noch unfertiger Gestalt, in zahlreichen Institutionen des damaligen Verkehrsrechts der Mittelmeerländer hervortritt. Nicht allein im Seedarlehen, auch in anderen allgemein verbreiteten Verträgen: Commenda-, Transport-, Kaufverträgen, war es üblich, über die Gefahr zu paktiren[3]; eine Art beschränkter Gegenseitigkeitsversicherung zwischen Schiffs- und Ladungs-Interessenten begründete die schon dem pseudorhodischen Seerecht angehörige und mindestens im Gebiet des Adriatischen Meeres recipirte Ausdehnung der Kontributionspflicht auf zufällige Schäden[4], sowie das doch auch anfänglich kaum auf Spanien beschränkte germinamento[5], über die einzelne Schiffsgemeinschaft hinaus die conserva[6].

Die Entwicklung vollzieht sich, soweit zu ersehen, zunächst in Italien. Aus der noch nicht abgeschlossenen Untersuchung, für welche fortgesetzte archivalische Forschungen

---

[1] Lehrreich ist der Widerstreit zwischen Santerna und Straccha a. a. O. Ueber die Streitfragen: Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre II S. 326 ff.; vgl. Neumann, a. a. O.; Salvioli, a. a. O. S. 241 ff.

[2] Matthiass, a. a. O. S. 61 ff.; Schröder, a. a. O. S. 243 ff.

[3] Unten S. 462 ff. Dergleichen Verträge kennt zwar schon das römische Recht: meine Abhandlung, Zeitschr. f. Handelsrecht III S. 104 ff., aber es fehlt an sicheren Zeugnissen für den Bestand der Sachversicherung.

[4] Nicht erst im Statut von Ancona (1397), wie Cauvet und Salvioli meinen. S. schon Pardessus, Coll. I p. 141; II p. 20, 21; V p. 5, 6, 106, 108; Wagner, a. a. O. I S. 16, 17.

[5] Es bedarf hier noch genauerer Untersuchung.

[6] Die Quellen sind citirt bei Laband, Zeitschr. f. Handelsrecht VII S. 324 Note 38; Wagner, a. a. O. I S. 21 Note 50.

weiteres[1] Beweismaterial erbringen werden, sollen im Folgenden einige erheblichere Punkte zur Erörterung gelangen. Es steht schon gegenwärtig fest, dass die von Reatz vermissten positiven Zeugnisse für einen früheren Bestand der Prämienversicherung vorliegen.

I.

Eine in Grosseto von dem Sieneser Notar Minus condam ser Nerii 22. April 1329 aufgenommene Urkunde[2] besagt, dass Octobonus olim domini Pagani de Marinis bekennt, empfangen zu haben von Bonacursus olim Jamnis (?), Mitglied der bekannten Florentiner Gesellschaft der Acciaioli, zahlend für sich und für Rechnung dieser Gesellschaft:

1. 1450 florenos (auri) infra pagamentum de naulo coriorum lane et anguellinarum dicti Bonacursi et Acciaiolorum predictorum sotiorum suorum. Quam mercantiam dixit quod tulit de Tunisi dictus dominus Octobonus in tribus suis galeis.
2. 2450 florenos auri infra pagamentum de illa quantitate quam dictus dominus Octobonus recipere debebat pro securitate et risico sibi facto super dictam mercantiam.

   Quod naulizamentum et securitatem factum fuit per Nicholaum Guizzardini, sotium dicte sotietatis de Acciaiolis in civitate Janue predicte hoc anno presenti de mense Martii proxime preterito, ut dixerunt patere manu Dominici, notarii de dicta civitate Janue.

Weiter bekennt Octobonus, tanquam procurator domini Gaspalis, militis de Grimaldis de dicta civitate Janue procuratorio nomine pro eo empfangen zu haben von Bonacursus für Rechnung der genannten Gesellschaft (der Acciaioli)

---

[1] Einiges, aber unter völliger Ignorirung des italienischen Statutarrechts, bei Salvioli, a. a. O. S. 35 ff.; insbesondere: Enrico Bensa, Studi di diritto commerciale, Genova 1882, p. 45 ff.; Cesare Vivante, Archivio giuridico XXXII p. 80—109: L'assicurazione delle cose; Evoluzione storica; auch besonders erschienen Pisa 1884.

[2] Abschrift derselben aus dem Königl. Staatsarchiv zu Florenz verdanke ich Herrn Professor C. Paoli daselbst, den Hinweis auf deren Existenz Herrn Professor Lastig.

272 florenos auri et dimidium infra pagamentum de risico et securitate facta per dictum dominum Gaspalem supradicto Nicolao Guicciardini pro supradictis mercantiis.

Diese beiden Verträge können nur wahre Versicherungsverträge sein, insbesondere ist an ein Seedarlehen bei der Verbindung von securitas (Sicherstellung) und risico nicht zu denken. Die von den Ladungsinteressenten (den Acciaioli) zu entrichtenden Summen sind somit Assekuranzprämien, deren auffallende Höhe [1] eine sehr werthvolle Ladung oder besondere unbekannte Umstände (Feindes-Piraten-Gefahr?) voraussetzt.

Versicherer in dem zweiten Vertrage ist der Genuese Gaspalis de Grimaldis, in dem ersten Vertrage anscheinend der Rheder Octobonus de Marinis. Denn die naheliegende Annahme, dass O. bei einem ungenannten Dritten für Rechnung der A. Versicherung genommen habe, lässt sich mit der Thatsache nicht in Einklang bringen, dass ein Theilhaber der versicherten Gesellschaft A. als Kontrahent des Versicherungsvertrages bezeichnet wird. Auf diese Verbindung von Rhederei und Waarenversicherung, welche sich vielleicht aus der Gegenseitigkeitsversicherung des germinamento losgelöst hat, deuten einige später zu erwähnende Beläge [2].

Die Prämie wird augenscheinlich erst nach glücklicher Ankunft des Schiffes entrichtet. Ob sie auch nur für diesen Fall versprochen war? Franco Sacchetti sagt in seinen um 1370 [3] geschriebenen sermoni evangelici serm. IV von der Seeversicherung: E poi, se la nave va a salvamento, tu ricevi il prezzo [4]. So fassen die Assekuranz auf noch spätere Kanonisten und Civilisten, z. B. Joa. ab Anania († 1457) prael. in Decretal. lib. V [5] zu cap. Naviganti q. 13 No. 42 ff., unter unzutreffender Berufung auf Paulus de Castro; Alexander de Imola (Tartagnus † 1477) super Dig. novo [6] in l. a. Titio

[1] Um 1440 beträgt die Normalprämie London-Pisa, Pisa-Brügge 12 bis 15 %: Giov. Antonio di Uzzano, pratica delle mercatura (Della decima IV p. 119, 128).

[2] Unten S. 462, 463.

[3] O. Gigli, I sermoni evangelici, le lettere ed altri scritti inediti o rari di Franco Sacchetti, Firenze 1857, p. XXXIV, LXVIII.

[4] A. a. O. p. 12. Auf eine andere Stelle in derselben Predigt hat bereits Salvioli, a. a. O. p. 35 hingewiesen.

[5] Lugduni 1546.

[6] Lugduni 1535.

(108) de V. O.: frequentant (sc. mercatores) etiam Florentini aliam similem conditionem: ut promitto tibi X si navis mea mercantiis onerata ad talem locum applicuerit salva; sin autem, tu promittis mihi reddere valorem mee mercantie. Sogar noch Molinaeus, Tr. de usuris Nr. 93 und Andere.

II.

Weitere sichere Zeugnisse aus der ersten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts fehlen zur Zeit. Das »naulegiare u sigurare« im Cap. 47 des pisanischen breve Portus Kallaritani von 1318[1] kann, im Zusammenhalt mit c. 21, 34 daselbst, nicht leicht auf Assekuranz bezogen werden; indessen dürfte das sigurare doch von der mit üblicher Sicherstellung verbundenen Thätigkeit des Rheders zu verstehen sein[2], somit einschliesslich der etwa darin begriffenen Assekuranz der Ladung. Für das »compra et sigura« des Wechselkäufers in dem Pisaner Mäklertarif vom 3. Dezember 1323[3] bleibt nur die Bedeutung: Sicherheitsleistung für kreditirte Valuta[4].

Das statuto de' mercatanti di Calimala von Florenz erwähnt in der bisher allein publizirten Vulgarredaktion von 1332[5] lib. I c. 46 und lib. II c. 4 Verträge über Gefahrsübernahme. Allein die erste Stelle »patti ed ordini d'alcuno avere che portassano« betrifft augenscheinlich Commendaverträge; die zweite »concordare con qualunque persona vorrà di vettura, nolo e rischio di panni, quali avesse comprati overo fatti comperare« kann eben sowohl von einer blossen accessorischen Gefahrsübernahme durch den Frachtführer, als von einem selbstständigen Assekuranzvertrage, sei es mit dem Frachtführer, sei es mit einem Dritten verstanden werden. Nur die erste scheint gemeint in einem Vertrage von 1335[6]: 8 balle di merci — — sulla galea di Bartolomeo da Genova da portare sane et salve in Nizza com' è di costume.

---

[1] Bonaini, Stat. ined. di Pisa II p. 1083 ff.

[2] Ueber die verschiedenen Ansichten: Pardessus, Coll. V p. 281 Note 2, p. 307 Note 1; Reatz I S. 31 ff.; Cauvet I p. XXVI ff.; Savioli p. 29 ff.

[3] Bonaini III p. 590.

[4] Reatz I S. 38.

[5] Bei E. Giuidici, Storia dei comuni Italiani III p. 171 ff.

[6] Bei Bini, I Lucchesi a Venezia p. 127.

Indessen ist hier doch der wichtigen Geschäftsklauseln a rischio, assalvi und ähnlicher zu gedenken.

Die vor 1343, wahrscheinlich bald nach 1335 geschriebene Kaufmannspraktik des Florentiners Balducci Pegolotti enthält c. 45[1], im Anschluss an die Florentiner Usoliste den Florentiner Mäklertarif für Vermittelung der verschiedenartigsten Geldübermachungsgeschäfte (Firenze per senseraggio di cambiora) und daselbst:

> Di marchi per Inghilterra assalvi in terra da ciascuna parte soldi 10 per cento.
>
> Di marchi a rischio di mare e di gente da ciascuna parte soldi 20 di piccioli per cento marchi.

Als wichtiges Zeugniss für die Prämienversicherung wird die Stelle insbesondere von Pardessus[2], neuerdings wieder, trotz ihrer in der Hauptsache richtigen Deutung durch Reatz[3], von Salvioli[4] angerufen.

Eine zweite, bisher nicht berücksichtigte Stelle Pegolottis c. VIII[5] enthält den Mäklertarif für Konstantinopel bezw. Pera und darin:

> Di cambiora o contanti per lettera a salvi (assalvi) in terra o a rischio — dall' uno come dall' altro ka. 2 per cento di perperi.

Es werden unterschieden Geldübermachungsgeschäfte mit der Klausel assalvi in terra und solche mit der Klausel a rischio sc. di mare e di gente.

Beide Klauseln begegnen sehr früh. Die erste dient dazu, die unbedingte Haftung, insbesondere des gewöhnlichen Darlehensschuldners zur Rückzahlung an dem dafür bestimmten Ort zu bezeichnen — im Gegensatz zu der nur bedingten Rückzahlungspflicht des Seedarlehensempfängers (salva, sana eunte-redeunte navi), wie regelmässig des Commendaempfängers: dort trägt der Schuldner, hier der Gläubiger die Seegefahr mit Einschluss von Piraten- und Feindes-Gefahr. Dem forma-

---

[1] Della decima III p. 200.

[2] Coll. IV p. 567, V p. 331.

[3] S. 28—30. Mit einigen, nicht zutreffenden Modifikationen auch Cauvet I p. XXXIII ff.

[4] p. 24—29. S. auch Schupfer bei Sacerdoti, Il contratto d'assicurazione (Padova 1874) vol. I p. 116; Bensa, Studi p. 49.

[5] Della decima III p. 28.

listischen Urkundenstyl entsprach, zumal bei der Häufigkeit wie Wichtigkeit von Seedarlehens- und Commendageschäft, bei jedem auch nur als möglich unterstellten Geldtransport, die ausdrückliche Bestimmung, auf wessen Gefahr das Geld reise. Heben doch schon die römischen Quellen hervor, dass es eine pecunia trajecticia, d. h. pecunia, quae trans mare vehitur (l. 1 D. de naut. foen. 22, 2) sine periculo creditoris accepta gibt (l. 1 pr. eod. — vgl. l. 2 [1], 5 [4], 3 [2] C. eod. 4, 33), und darauf deutet auch das sonst schwierige c. 17 p. II des Pseudorhodischen Seerechts: *τὰ ἐν τῇ θαλάσσῃ δεδανεισμένα — ἀκίνδυνα, τὰ — δανειζόμενα ἀκίνδυνα.*

Eine Darlehnsurkunde aus Amalfi, 10. Jahrh.[1], lautet: — et prefati tari 12 salvi in terra vobis reddere debeamus — sicut salvi in terra a nos recipiati —; ut omnia prefata capitula habeatis a me salvos in terram. Venetianische Urkunde 1148 (Arch. Veneto VII p. 97): Versprechen, in Konstantinopel empfangene perperos zurückzuzahlen in terra salvos; 1168 (eod. p. 149): salvos in terra; 1179 (eod. IX p. 110): salvos in terra u. a. m.

Geht das Commendagut prinzipiell auf Gefahr des Commendator[2], so kann sich doch die Haftung des Empfängers bis zur unbedingten Rückzahlungspflicht steigern, für salvum in terra:

Urk. aus Amalfi 1256, 1257, 1259[3]; Genueser Statut 13. Jahrh. für Pera c. 214[4]: iudicabo ipsam societatem vel accomendationem salvam in terra, vgl. c. 207, 210, 209: absque ullo detrimento sit salva in terra — tunc sit illa pecunia salva in terra.

Entsprechend tabula Amalfa c. 43: Item all'' impronto quale si fà alli marinari de Rivera esce sempre salvo in tra (terra), d. h. die den Schiffsleuten der Küste (von Amalfi) vorausbezahlte Heuer (mutuum: cap. 12, 17, vgl. 26, 21, 47) steht, wenn zu restituiren (c. 2, 3, 26, 41, vgl. c. 16, 52, 53), auf Gefahr des Schiffsmanns. Noch jetzt wird die Klausel in

---

[1] Camera, Memorie diplomatico-storiche di Amalfi I p. 171.

[2] Silberschmidt, Die commenda (1884) S. 85, 112 u. Cit.; Lattes, Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città Italiene p. 168 Not. 122; Endemann, Studien I S. 363 ff.

[3] Camera, a. a. O. I p. 435, II add. p. XLI, XL.

[4] Promis, miscell. XI p. 744.

dieser Bedeutung (»non soggetta a rischio marittimo«) in Amalfi gebraucht[1].

Ihren Gegensatz bilden folgende Klauseln: in tuo periculo de mari et gente (Venet. Urk. 1161: Arch. Veneto VII p. 365); sub Dei, maris et gentium periculo: Stat. v. Gaeta IV c. 103 (Alianelli p. 166); ad risicum, periculum et venturam maris et gentium: Urk. v. Amalfi 1386 (Camera II p. 498); ad risicum Dei maris et gentium[2]; a risch de mar e de males gents (Consulato c. 210) u. a. m.; auch kürzer: ad tuum resicum, ad Dei et tuum resicum, ad tuam fortunam, ad resicum et fortunam eius (Genues. Urk. 1155 ff.: Histor. patr. monum. Ch. II Nr. 337, 883, 956, 1029, 1031, 1054 u. a. m.).

Die Assises de Jérusalem baisse court, Ende des 12. Jahrhunderts, c. 48 (Kaussler[3]) stellen entgegen: a gaaing en aventure de mer et de gens und a porter sauf en terre.

Das seedarlehnsartige Lieferungsgeschäft der Stat. von Marseille 1255, lib. II c. 16[4]: venditio vini quod portatur ad fortunam Dei et usum maris entspricht der bereits im Constitutum usus von Pisa rub. XXVII ausführlich geregelten compera mobilium rerum facta ut in alia terra solutio earum vel pretii fiat (Bon. II p. 909), und es heisst hier: Quod si in venditione de aliquo mobili nominatum non fuerit, quod sit salvum in mari vel salvum in navi, in terra salvum intelligatur, in qua de solutione venditionis mentio facta fuerit.

Die Klausel a rischio u. dgl. ist insofern zweideutig, als nur der Zusammenhang ergibt, wen die Gefahr trifft. Wird sie der Klausel assalvi in terra entgegengesetzt, so kann sie nur sagen, dass den Gläubiger die Gefahr trifft. Ob durch die Klausel assalvi in terra der Geldschuldner eine ihm rechtlich nicht obliegende höhere Haftung übernimmt oder ob umgekehrt durch die Klausel a rischio (sc. des Gläubigers) die rechtliche Haftung des Geldschuldners gemindert wird, hängt von der Natur des in Betracht kommenden Vertrages (Geldtransportvertrag — Darlehnsvertrag) ab.

---

[1] Alianelli, delle antiche consuetudini e leggi marittime delle provincie Napolitane p. 122 Note 3.

[2] Aus Urkunden des 13. Jahrhunderts bei Bensa, studi p. 47.

[3] Auch Travers Twiss, monum. iuridica appendix IV p. 512, 513.

[4] Pardessus, coll. IV p. 264; Méry et Guindon, histoire de la commune de Marseille III p. LXXVIII.

Während somit die Klausel assalvi in terra je nach Umständen sich von selbst versteht oder einen assekuranzartigen Nebenvertrag für den Gläubiger enthalten kann[1], wird durch die ihr entgegengestellte Klausel a rischio dieser Effekt nie für den Gläubiger, möglicher Weise für den Schuldner herbeigeführt.

Denkt man nun an den im Wechselgeschäft, als Geldüberweisungsgeschäft nach auswärtigen Plätzen, wirklich oder fiktiv steckenden Geldtransport, dessen Ersparung für den Wechselnehmer den ursprünglichen Hauptzweck des Wechselgeschäfts bildet[2], so konnte die Frage aufgeworfen werden, auf wessen Gefahr das Geld reist, und wir ersehen eben aus Pegolotti, dass noch zu seiner Zeit für den Wechselverkehr zwischen Florenz und England, ja im Wechselgeschäft von Konstantinopel (Pera) verschiedene Abmachungen vorkommen, wie denn noch 1382 eine Urkunde von »uno cambio salvo in terra nobis misso« spricht[3].

Entweder also, sagt Pegolotti, schliesst der Wechselnehmer mit der Klausel »ohne alle Gefahr« (für mich) oder mit der Klausel »auf See- und Menschengefahr« (für mich). Im ersten Falle wird er selbstverständlich mehr für den Wechsel zu zahlen haben — eine Banquiersprovision, welche sich als Assekuranzprämie denken lässt; aber von dieser, wie neuerdings Salvioli in schwer verständlicher Darstellung, anscheinend sogar unter Kumulation der beiden Verträge, auszuführen sucht, spricht Pegolotti nicht, vielmehr lediglich von der sehr geringfügigen Mäklerkourtage, welche von beiden Theilen entrichtet wird. Es handelt sich nicht um 10 oder 20 Prozent, sondern um 10 oder 20 soldi auf 100 englische

[1] Der gleiche Zweifel begegnet schon in der vielbesprochenen Stelle Cicero ad famil. II 17, 4: Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo, d. h. assalvi in terra (Rom?).

[2] Wechselgeschäfte der päpstlichen Kollektoren in Ungarn 1317 ff.: timens maris periculum feci cambium cum sociis Bardorum (Vetera monum. Slav. merid. histor. illustr. ed. Theiner I p. 147 ff.); 1388 ff.: per litteras cambii vel alium tutum modum (eod. I p. 342, 351, 356, 367). S. auch Guidon de la mer, chap. I art. V; Rafael de Turri, tr. de cambiis, disp. I qu. 3 No. 2. Bereits Baldus, consilia 348 No. 6 rechtfertigt die Erlaubtheit des Wechselgeschäfts »propter pericula quae subeunt in transmissione pecuniarum«.

[3] Aus Cartolario di Caffa: Arch. stor. Ital. 1866 p. 109.

Mark, und zwar, wenn, wie anzunehmen, Pegolotti sich genau ausgedrückt hat, im Falle der Klausel assalvi in terra um 10 Rechnungssoldi (grossi), von welchen 20 auf die lira, im Falle der Klausel a rischio um 20 kleine soldi, von welchen jener Zeit 45 auf die lira gehen[1]. Es wären also je nachdem $22\frac{1}{2}$ oder 20 kleine soldi per 100 englische Mark[2] zu zahlen gewesen. Worin die kleine Differenz ihren Grund hatte, lässt sich um so weniger ausmachen, als die Mäklertaxe für Konstantinopel für Geschäfte assalvi und a rischio zum gleichen Betrage angesetzt ist.

III.

Gehen wir vom Beginne des 15. Jahrhunderts rückwärts, so begegnen zahlreiche Zeugnisse für den Bestand des italienischen Assekuranzgeschäfts: in juristischer Literatur, Praxis, Gesetzgebung.

1. Der 1403 geschriebene[3] tractatus de usuris des Laur. de Rodulfis p. III cap. consul. S. 10 q. 3 Nr. 8 ff.[4], dessen Autorität für die Späteren[5] maassgebend war, vertritt energisch die kanonische Erlaubtheit des Assekuranzvertrages: non enim propter mutuum, cum nullum interveniat, sed propter id quod assecurat mercatorem de mercibus suis, quas periculo marino vel terrestri reponit, illud recipit.

Aber noch um 1370 hatte Franco Sacchetti, sermone IV[6] sich sehr bestimmt gegen die moralische Statthaftigkeit der Versicherung ausgesprochen: però che altro che Dio non può sicurare niuna cosa in questa vita. Dabei setzt er voraus den Bestand sowohl der Schiffs- wie der Waarenversicherung: »E l'uno mercante assicura il navilio dell' altro per

---

[1] Vgl. Pegolotti, c. 44 (p. 195), auch Peruzzi, storia del commercio e dei banchieri di Firenze p. 111.

[2] Vergleichungstabelle bei Pegolotti, c. 46 (p. 206 ff.).

[3] Schulte, Quellen u. Literatur des kanonischen Rechts II S. 393.

[4] Tract. univ. iuris, Ven. 1584 VII p. 14 ff.

[5] Endemann, Zeitschr. f. Handelsr. IX S. 310 ff. ist auf die ältere Doktrin nicht eingegangen — auf diese Darstellung verweist er in den Studien II S. 355. Die Moraltheologie und kanonistische Literatur des 14. Jahrhunderts wird noch Ausbeute gewähren.

[6] Vgl. oben S. 461 und über eine italienische Bearbeitung der summa Pisana von Giovanni delle Celle (1388); s. Salvioli, a. a. O. p. 35.

danari« und »se uno mercatante pigliando prezzo da un altro può sicurare mercatanzia su una nave?«

Den allgemeinen Gebrauch bezeugt das 1395 erlassene Schreiben der Signoria von Florenz an Jacobus de Appiano, signore von Pisa[1]. Ein Schiff des Simon de Mari von Genua aus Sevilla oder einem sonstigen spanischen Hafen nach einem pisanischen Hafen befrachtet, ist bei Saona genommen und sequestrirt. Da nun an der Schiffsladung die Florentiner Kaufleute Johannozius de Billiottis und Leonardus de Altovitis et socii interessirt sind, indem sie Ambrosio Grisolfi de Janua pro florenis 300 sicut est consuetudo mercantium, sicurarunt, so ergeht die Bitte, dass die genannten Florentiner propter securitatem antefatam incommodum non sentiant neque damnum.

2. Das italienische Statutarrecht bewegt sich in folgenden Richtungen: es stellt die Statthaftigkeit der Assekuranz gegenüber theologischen bezw. kanonistischen Bedenken fest; es ordnet bezw. inhibirt Assekuranzen auf fremde Schiffe und Waaren; es regelt die Prozedur in Streitfällen; es unterwirft die Versicherungsverträge einer Registrirungs- (Stempel-) gebühr. Dazu treten vereinzelte Bestimmungen, welche aber, so weit bisher zu ersehen, sich nicht auf Privatrechtssätze erstrecken.

Unter den drei jener Zeit nach Pisa's Niedergang (1284) hervorragendsten italienischen Handelsstädten: Venedig, Genua, Florenz scheint Venedig am spätesten sich mit der gesetzlichen Ordnung der Assekuranz befasst zu haben. Indessen doch nicht erst, wie allgemein angenommen wird, durch das nur die Gerichtszuständigkeit und das Verfahren betreffende Gesetz vom 2. Juli 1468[2]. Vielmehr enthält das Capitolare dei consoli dei mercanti[3] als c. 275 ein Gesetz vom 15. Mai 1411[4] mit der Rubrik: Securitates super navigiis forensibus non fiant neque de ipsis fiat aliquod ius.

Es ist gerichtet gegen eine den venetianischen Bürgern sehr schädliche Gewohnheit (Cum introducta sit consuetudo), und verbietet fortan bei Klaglosigkeit und Verlust des vierten

---

[1] Bonaini III p. 357 Not.

[2] Pardessus, coll. V p. 65.

[3] Eine von Thomas besorgte Abschrift desselben befindet sich auf der Königl. Bibliothek zu Berlin.

[4] Ex libro 53 Rogatorum ad cart. 135.

Theiles der Versicherungssumme Jedermann im venetianischen Gebiet, direkt oder indirekt auf fremde Schiffe oder darin verladene Waaren (super dictis navigiis forensium et de mercationibus in eis caricatis) Assekuranz zu leisten.

Ebenda findet sich c. 300 ein Gesetz vom 8. Juli 1424[1] mit der ähnlichen Ueberschrift: Securitates non fiant super navigiis forensium. Dem Texte nach verbietet es schlechthin Jedermann im venetianischen Gebiet, Assekuranz zu Gunsten irgend eines Fremden, somit anscheinend auch von fremden Waaren in venetianischen Schiffen: quod de cetero nullus — audeat vel praesumat per se vel alium assecurare vel assicurari facere aliquem forensem —[2]. —

Für Florenz liegt vor in den Statuti di mercanzia, Redaktion von 1393 eine schon von Paulus de Castro Consil. 251[3] erörterte und ausdehnend interpretirte Bestimmung: lib. III rub. X. Quod non possint fieri securationes per florentinos super classibus nisi florentinis[4].

Dieselbe verbietet im ersten Theile den Einwohnern des florentinischen Gebiets: facere per se vel per alium directe vel indirecte aliquam securationem cautionem aut promissionem de aut super aliquibus mercantiis vel rebus oneratis vel onerandis super aliquo vel aliquibus classibus lignis vel navigiis, nisi solummodo et dumtaxat civibus florentinis et seu de civitate comitatu vel districto florentino et pro mercantiis et rebus ipsorum florentinorum, bei Strafe, Klaglosigkeit und Nichtigkeit des zuwiderlaufenden Geschäfts.

Dagegen, mit der Marginalrubrik: Quod per dictum offitium possit cognosci de securitatibus florentinorum, wird im zweiten Theile bestimmt: De hiis autem cautionibus et securationibus que fierent inter cives seu districtuales florentinos et pro mercantiis et rebus eorum possit et debeat per dictum offitium (sc. mercantiae) cognosci procedi ius fieri et terminari prout sibi uidebitur expedire. Et tales securationes promissiones et obligationes ualeant et teneant et possint et

---

[1] Ex libro 55 Rogatorum ad cart. 30.

[2] Ein Rathschluss von 1463 (Archivio Veneto I p. 131) entscheidet einen einzelnen Assekuranzfall.

[3] Ed. Francof. 1582 vol. 1.

[4] Abschrift verdanke ich Herrn Professor C. Paoli in Florenz.

debeant observari et executioni mandari simpliciter et secundum bonam fidem et consuetudinem mercatorum.

Die späteren Modifikationen[1] des im ersten Theile erlassenen Verbots interessiren hier nicht. —

Weitaus reichhaltiger ist das Statutarrecht von Genua.

Ein Verzeichniss der 1404 zusammengestellten Regule officii mercantiae, welche sich in Genua nicht mehr vorfinden und anscheinend nach Paris verschleppt sind, enthält folgende Rubriken[2]:

> De non assecurando pro navigiis in darsina collocatis.
>
> De assecuramentis non faciendis (et nota quod fuit reformatum in cartis 424).
>
> Cassatio capitoli de assecuramentis non faciendis in libris officii mercantie.
>
> Item quod omnibus Januensibus possint assecurari et se assecurari facere etc. et de assecuramentis tam per patronos quam per participes vasorum et alia omnia circa assecuramenta et naufragia quae sequerentur in no. 424.

Einzelne dieser Gesetze und andere hier nicht aufgeführte, welche zum Theil in das vierzehnte Jahrhundert zurückreichen[3], sind erhalten[4].

Ges. 22. October 1369[5]:

> Contra alegantes quod cambia et assecuramenta facta quomodocumque cum scriptura vel sine sint illicita vel usuraria.

Es betrifft die Erlaubtheit von Handelsgeschäften überhaupt, unter besonderer Hervorhebung von cambia und assecuramenta. Unter Aufhebung eines Gesetzes vom 8. Mai 1366, welches nicht auf uns gelangt, dessen Beziehung auf »assecura-

---

[1] Pöhlmann, Die Wirthschaftspolitik der Florentiner Renaissance, 1878, S. 127 ff.

[2] S. schon S. Vallebona, delle assicurazioni e dei sinistri ed avarie di mare 2. ed., Genova 1872, p. 3 Not. 2; Bensa, studi p. 50 Not. 1. Ich folge der von Bensa mir freundlichst mitgetheilten Abschrift. Bei Vallebona finden sich einige Abweichungen, auch die Rubrik: Contra allegantes cambia et assecuramenta esse usuraria.

[3] Bensa, studi p. 50 Not. 1.

[4] Abschriften der nachstehend besprochenen verdanke ich Herrn E. Bensa.

[5] Arch. di stato. Cod. divers. X 932, 1404—1405.

menta« somit zweifelhaft ist, wird, um den häufigen chikanösen Weiterungen der Schuldner zu begegnen, welche einwenden: »quod contractus sive mutuum, de quo ageretur et pro quo molestarentur esset illicitum et foeneratitium et quod secundum scripturas canonice non possit ipsis talis contractus requiri vel peti et super hoc habent recursum et habuerunt temporibus retrohactis ad curias et magistratus ecclesiasticos« bestimmt: »quod si aliqua persona cuiuscumque conditionis existat que per instrumentum se obligaverit seu obligaret cum scriptura vel sine[1] super quibuscumque mercantiis et in quocumque contractu mercantie et maxime per viam cambii seu assecuramenti versus aliquam personam et alegaret, quod contractus ille esset usurarius vel illicitus« — so soll, in Erwägung: »quod si per huiusmodi impedimenta instrumenta cambii et alii contractus mercantiarum facti cum scriptura vel sine non possint executioni mandari verteretur in magnum dampnum et incomodum civium et mercatorum Januensium, qui comuniter similes contractus faciunt nec aliter possent mercimonia exerceri nec navigia navigantia expediri«, ein solcher Schuldner von Rechts wegen in eine Strafe von 10 solidi für jede libra des geleugneten Schuldbetrages verfallen.

Dass, wie bekanntermaassen gegen Wechselgeschäfte, so auch gegen die Seeversicherung theologische Bedenken bestanden, ist bereits früher[2] hervorgehoben und lässt sich so und nach dem Zusammenhange nicht bezweifeln, dass unter den »assecuramenta« wahre Versicherungsverträge verstanden sind. Originell ist die indirekte Abschneidung[3] der Wuchereinrede durch Strafsatzung. —

Wie in Florenz und Venedig, so bestand auch in Genua ein gesetzliches Verbot der Versicherung fremder Schiffe und der darauf verladenen Waaren von zur Zeit unbekanntem Datum. Von diesem Verbote wurde im wohlverstandenen Interesse des einheimischen Handels wie der städtischen Finanzen je für das laufende Jahr während der Zeit der Versteigerung

---

[1] Gedacht ist augenscheinlich an mündliche oder schriftliche Verträge mit nachträglicher (?) notarieller Feststellung.

[2] Oben S. 517.

[3] S. über Florenz: Lastig, Zeitschr. f. Handelsrecht XXIII S. 142 ff. u. Pöhlmann, a. a. O. S. 79 ff.; allgemein Lattes, a. a. O. S. 151, 152.

der Registrirungsgebühr dispensirt: Ges. v. 23. Januar 1408[1]: — quod quibuscumque censariis et seu prosonetis civitatis Janue liceat et licitum sit tractare contrahere componere et firmare ac etiam notariis scribere et inde instrumenta conficere in, super et de quibuscumque assecurationibus in navigiis seu super navigiis extraneorum seu non Januensium contrahendis et super oneribus, mercantiis et raubis dictis extraneorum navigiis conductis seu vehendis. —

Endlich die Registrirungsgebühr, welche im Betrage von $^1/_2$ % seit 1400[2] von den Assekuranzverträgen erhoben wurde, soll, nach einem Dekret der consules calegarum v. 2. Februar 1401[3], stets von den Versicherten entrichtet werden: — quod omnes et singule persone que se fecerint assecurare super aliquibus rebus et mercibus per instrumentum appodisiam vel alio quovis modo — non ille persone que versus eos assecuraverint de rebus et mercibus antedictis. Auch soll Jedermann, Notar, Mäkler oder Kaufmann jeder Zeit auf Verlangen dem Steuererheber von allen geschlossenen Versicherungen Mittheilung machen und demselben Einsicht in die Assekuranzurkunden (de instrumentis que fecerint de dictis securitatibus seu etiam appodisiis — censarii de cartolariis eorum, in quibus scribunt mercata facta per eos de dictis securitatibus) gestatten. —

Hiermit ist nur der äussere Entwicklungsgang skizzirt. Die leitenden Rechtsprinzipien und die einzelnen Rechtssätze, welche das italienische Assekuranzgeschäft im vierzehnten und im Beginne des fünfzehnten Jahrhunderts normirt haben, werden sich erst nach Beschaffung eines umfassenderen Urkundenmaterials feststellen lassen. —

Ein solches erbringen, wie nachträglich hinzuzufügen ist, die mir soeben durch die Güte des Herrn Enrico Bensa zugehenden Aushängebogen einer ungemein lehrreichen, auf archivalischen Forschungen beruhenden Schrift desselben über die Geschichte der Versicherung: Il contratto di assicurazione nel medio evo. Studi e ricerche. Genova 1884. Florentiner Geschäftsbücher ergeben den Bestand derselben in Florenz bereits 1319. Die äusserst zahlreichen, in den genuesischen

[1] Arch. di stato. Cod. div. X S. 936.
[2] Bensa, studi p. 53 Not. 1.
[3] Cod. regul. consul. caleg. fol. 66a.

Archiven zerstreuten Urkunden über Versicherungsgeschäfte reichen bis auf das Jahr 1347 herab; es sind vollständige Assekuranzpolizen aus den Jahren 1385 und 1397 erhalten. Auch die bisher dürftige Kenntniss des italienischen, vornehmlich des genuesischen Statutarrechts ist erweitert und in den bisher unbenutzten, zwischen 1390—1435 geschriebenen Consilia des genuesischen Juristen Bartolomeo Bosco eine neue Quelle für die älteste juristische Doktrin erschlossen. Wie weit den scharfsinnigen Ausführungen des Verfassers über das so streitige geschichtliche Verhältniss der Prämienversicherung zur Wette und über die Einkleidung des Versicherungsvertrages in die Form des Kaufvertrages beigepflichtet werden darf, muss der Prüfung an anderer Stelle nach der in Kürze bevorstehenden Vollendung des gediegenen, die Kunde des mittelalterlichen Handelsrechts in den verschiedensten Richtungen fördernden Werkes vorbehalten bleiben.

SACHREGISTER.

Die arabischen Zahlen bedeuten die Seiten, die römischen die Bände.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

QUELLENREGISTER

zu der Abhandlung

GRUNDLAGEN DER BESITZLEHRE

(Band I Nr. 1).

C. Codex.

D. Gaii instit.

E. Paulus sentent.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.